

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ- UNIVEL
MINTER INTERINSTITUCIONALIZADO EM DIREITO

ROSANA BONISSONI

DIREITO DE RESPOSTA: uma análise após a ADPF N.º 130

Curitiba-PR
2011

ROSANA BONISSONI

DIREITO DE RESPOSTA: uma análise após a ADPF N.º 130

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito ao Curso de Pós Graduação em Direito. Área de concentração: Relações Sociais. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná/Minter interinstitucionalizado em Direito Setor de Ciências Jurídicas.
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

TERMO DE APROVAÇÃO

ROSANA BONISSONI

DIREITO DE RESPOSTA: uma análise após a ADPF N.º130.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná/Minter interinstitucionalizado em Direito pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Profª. Drª. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

Curitiba, 05 de setembro de 2011

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor de tudo.

Aos meus pais, pelo apoio, orações e incentivo, sempre dispensados a mim nas horas mais difíceis, inclusive.

Ao prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, pelas diversas orientações e colaboração durante toda a caminhada de elaboração desta dissertação.

Ao prof. Alexandre Barbosa, pelo incentivo e apoio.

À colega Professora Kátia Salomão, pela colaboração e pela força dispensada, inclusive em época de recesso e descanso.

Aos meus filhos, pela paciência e compreensão nas horas em que precisei “abandoná-los” para dedicar-me aos estudos.

RESUMO

Dissertar sobre a liberdade de Imprensa e as implicações jurídicas que decorrem do seu abuso, atribuindo um enfoque especial ao direito de resposta, abordando requisitos para o deferimento e o procedimento após a revogação da Lei de Imprensa- Lei Federal n.º 5.250/67- em ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º130 é o objetivo deste trabalho. Para tanto, faz-se necessário conceituar o que seja a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação. Traçar os limites da liberdade de expressão para compreender a partir de que momento passa a ser abusiva. Verificar que a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana são garantias insertas na Carta Magna, de mesma hierarquia, e que ao ocorrer um aparente conflito entre esses dois direitos, faz-se necessário ponderar os interesses por meio do princípio da proporcionalidade, levando um deles a ceder, minimamente, a fim de permitir a incidência do outro. Demonstrar que, embora vedada a censura prévia à liberdade de imprensa, a posteriori, se verificado o abuso, caberá o direito de resposta, proporcional ao agravo sofrido, sem prejuízo de responsabilidade pelos danos materiais e morais decorrentes desse abuso, além de poder resultar em responsabilidade penal ao sujeito. Sendo que o direito de resposta proporcional ao agravo está previsto no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988 como uma das mais importantes e sagradas garantias do cidadão, tendo permanecido por mais de quatro décadas vinculado à Lei de Imprensa, a qual foi revogada integralmente pelo STF em 30 de abril de 2009, que a considerou incompatível com o atual sistema constitucional brasileiro que consagra a liberdade de expressão como insuscetível de prévia regulamentação. Para se demonstrar o proposto, o método de investigação utilizado consistiu em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais que tratam das implicações jurídicas que decorreram da decisão proferida na ADPF/130. Assim, analisam-se a liberdade de informação o direito à indenização pelo abuso e o direito de resposta, acompanhando comentários sobre as decisões dos tribunais pátrios que vêm apontando o atual procedimento desse exercício constitucional.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Liberdade de Informação. Responsabilidade Civil. Direito de Resposta.

ABSTRACT

The present work aims at discussing Press freedom and the legal implications resulting from abusing it, mainly highlighting the right of reply, including granting and procedure requirements after Federal Press Law n. 5.250/67 was revoked through the Fundamental Precept Noncompliance Plea lawsuit n.130 (ADPF/130). To that end it is necessary: to define freedom of speech and freedom of communication; to establish freedom of speech limits so that we can understand from what point on it becomes abusive; to check if freedom of speech and human dignity are included in the Brazilian Constitution, so that conflicts between the aforementioned rights can be solved through using the proportionality principle, which leads one of the parts to quit in behalf of the other. Although press freedom previous censorship is not allowed, the present work also aims at showing that if the offended part understands such freedom was abusive, it can evoke the right to reply a posteriori without carrying responsibility for material and moral damages incurring from such abuse, which can also result in criminal liability. The right of replying proportionally to an offense is provided under article 5º, section V of the 1988 Federal Constitution and is considered to be one of the most important guarantees provided to a citizen. For over four years the right of reply was included in the Press Law, but it was revoked integrally by the Brazilian Supreme Court in April 30, 2009, for being considered incompatible with the present Brazilian constitutional system, which determines that freedom of speech should not be subjected to previous regulation. The investigation method used by the work comprises bibliographic and jurisprudential researches concerned with legal implications deriving from the ADPF/130 decisions. Thus, keeping pace with the comments on Brazilian court decisions addressed to the present constitutional performance, the present work analyses freedom of speech, the right to indemnification for abuse and the right to reply.

Key-words: Freedom of speech; freedom of information; civil liability; right of reply.

Abreviaturas

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Agl	Agravo de Instrumento
Ap	Apelação
ApCív	Apelação Cível
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
Cf	conforme
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Des	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DJU	Diário da Justiça da União
REsp	Recurso Especial
TJ	Tribunal de Justiça
Rel	Relator
RT	Revista dos Tribunais
S.	Seção
T.	Turma
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 LIBERDADE E RESPONSABILIDADE NA COMUNICAÇÃO	14
1.1 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO.....	14
1.2 PERCURSO HISTÓRICO-CONTEMPORÂNEO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO.....	22
1.3 LIMITES PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO.....	30
2 O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS	51
2.1 COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS.....	51
2.2 A BUSCA DA SOLUÇÃO “AJUSTADA” AO CASO; CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO NA HIPÓTESE DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	59
2.3 REFLEXOS DE DIREITO CIVIL E DIREITO PENAL RESULTANTES DA REVOGAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA.....	68
3 O DIREITO DE RESPOSTA.....	78
3.1 O DIREITO DE RESPOSTA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA.....	83
3.2 O DIREITO DE RESPOSTA COMO CONTRAPESO À LIBERDADE DE IMPRENSA.....	89
3.3 O DIREITO DE RESPOSTA E SUA INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL.....	92
3.4 ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIREITO DE RESPOSTA APÓS A ADPF 130 QUE JULGOU INCONSTITUCIONAL A LEI DE IMPRENSA.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão e a liberdade dos meios de comunicação são asseguradas, no Brasil, desde a Constituição Imperial, no artigo 179, inciso IV, e foram mantidas pela Carta republicana de 1891. Já, o direito de resposta seria acolhido no século 20, pela Constituição Federal de 1934; receberia, porém, o status de garantia constitucional com a Constituição Federal de 1988. O direito de resposta foi inserido no artigo 5º, que lhe assegura, de maneira proporcional ao agravo sofrido e o prevê de forma a garantir, inclusive, a indenização pelos danos materiais e morais, decorrentes da notícia veiculada.

No âmbito infraconstitucional, o direito de resposta vinha sendo previsto e delimitado pela Lei Federal n.º 5.250/67 – Lei de Imprensa. Entretanto, em abril de 2009, a referida lei foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal, em decisão proferida na ADPF 130/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista.¹

Essa decisão acabou por estabelecer inúmeras discussões acerca do que se considerou um vácuo normativo no que diz respeito ao procedimento do direito de resposta, até então disciplinado nos artigos 29 a 36 da extinta lei. Em outubro do mesmo ano foi julgado extinto um pedido de direito de resposta sob o argumento de que não poderia ocorrer a veiculação desse pedido por consequência da revogação da Lei de Imprensa², como se esse instituto não estivesse expressamente previsto na Constituição Federal.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal em decisão à ADPF 130/2009. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Arguente. Partido Democrático Trabalhista. Arguido. Presidente da República e Congresso Nacional. 06/11/2009. BRASIL, Constituição Federal de 1988. ADPF 130, p. 91. Aqui é uma decisão proferida pelo STF chamada de ADPF 130, responsável pela revogação da Lei de imprensa. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Cita-se essa decisão em vários momentos. É uma decisão do STF. Tal lei foi relatada pelo referido ministro, mas teve a corroboração de inúmeros outros importantes contribuintes, citados ao longo do texto. Assim sendo justificado, deixa-se de usar a expressão em latim apud (citado por). Logo, em todos os casos, utiliza-se a seguinte referência para as citações que seguem = BRASIL, ADPF 130, 2009, p.

² 1ª. Vara Criminal. SP Capital, Fórum Regional XI. Pinheiros. Processo n. 011.08.001815-8. CONJUR, 31.03.2010.

Todavia, diversas decisões foram proferidas no sentido de garantir esse direito de natureza constitucional, sendo o seu procedimento ditado pela doutrina e pela jurisprudência. Logo, embora não exista uma lei infraconstitucional que discipline o exercício de defesa daquele que se sentiu atingido por uma notícia veiculada em órgão de imprensa, entende-se a impossibilidade de negá-lo sob a alegação de ausência de disciplina legal, uma vez que se trata de uma garantia constitucional, inserta no artigo 5º, inciso V da CF.

Analisando o direito de resposta, a doutrina é unânime em classificá-lo como um exercício necessário à liberdade de imprensa, ou seja, um instrumento democrático que visa proteger a honra e a dignidade de pessoas ofendidas pelos meios de comunicação. Entretanto, há impasses no que tange aos limites à liberdade de informação e aos requisitos para deferimento do pedido de resposta.

Por um lado, há quem alegue existir um equívoco, bastante comum, ao vincular o deferimento do pedido de resposta à existência de ofensas ou notícias inverídicas, o que não se lhe é mais exigido, uma vez que tal limite constava da Lei de Imprensa, não previsto na redação do artigo 5º, inciso V da Carta Magna, que o assegura “de maneira proporcional ao agravo sofrido” sem, contudo, delimitá-lo à ofensa ou ocorrência de ilícito.

Por outro lado, tal direito também é reconhecido como um poder que surge exclusivamente para corrigir uma publicação ou transmissão errônea ou ofensiva divulgada por um meio de comunicação. Pode originar-se de uma informação equivocada, mesmo que não ofensiva, mas que se verifique o interesse em se restabelecer a verdade, em veicular a notícia verdadeira, tratando-se, pois, de um direito de retificação³.

Apesar de sua resoluta previsão no âmbito constitucional sem vedação à censura prévia, a liberdade de expressão deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige num Estado Democrático de Direito, de modo que o seu desvirtuamento possibilitará aos prejudicados, além do efetivo direito de resposta, a indenização por danos materiais e morais.

³ LEÃO, Assis José. Sobre o Projeto de Lei de Imprensa. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Vol. 22., São Paulo, 1998, p. 280.

Miranda, ao tecer os seus comentários sobre a Lei de Imprensa, já dizia que toda pessoa que tivesse a respeito de si veiculada informação de fato injusto, “ofensivo ou errôneo, inexato, desnaturalizado, seja sob o ponto de vista externo ou formal, seja sob o ponto de vista interno ou intelectual, tem direito de fazer inserir na mesma publicação uma resposta retificadora desse artigo”⁴, sendo o direito de resposta um “direito de defesa, é o direito à verdade, e isto sobreleva qualquer outra consideração”⁵, sustentando, pois, que a verdade deve preponderar. Se houve veiculação de um fato inverídico, deve ser deferido o direito de resposta a fim de se restabelecer a verdade dos fatos; sendo, pois, irrelevante a ausência de caráter ofensivo para o autor em questão.

O objetivo do direito de resposta é permitir que a coletividade, ao tomar conhecimento das duas versões de um fato, forme, livremente, o seu juízo de valor. A realização desse direito, entretanto, pode suscitar o confronto entre a garantia da liberdade de expressão e a proteção da dignidade da pessoa humana, ambos inseridos na Carta Magna, respectivamente nos artigos 220 e artigo 5º. Decorre do princípio da dignidade da pessoa humana que não é dado a ninguém invadir, por exemplo, a honra, a privacidade e a intimidade.

Tendo o exposto como pano de fundo, este estudo objetiva analisar o procedimento do direito de resposta, a sua admissibilidade e demais características. Para tanto, é citado, ao longo do trabalho, o entendimento de doutrinadores e tribunais brasileiros, principalmente. Faz-se necessário, assim, esclarecer alguns pontos que são pertinentes para a compreensão do que se propõe tratar, diferenciando a liberdade de expressão e a liberdade de informação, bem como examinando os limites aceitáveis a essa liberdade. Da mesma maneira, busca-se investigar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o aparente conflito que se verifica entre os princípios da liberdade de expressão e informação e a dignidade da pessoa humana, considerando os critérios de ponderação.

Para dar conta da análise proposta, esta dissertação encontra-se dividida em três capítulos, como a seguir descritos.

⁴ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: ed. RT, 1994, p. 524-525.

⁵ Id. Ibidem.

No capítulo 1, trata-se de conceituar a liberdade de comunicação e de expressão do pensamento, de revisitar o percurso histórico-constitucional da liberdade de comunicação a fim de demonstrar como estava assegurado esse direito e limitar esse exercício. Parte-se das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão à Declaração Americana dos Direitos Humanos, para só então delinear os contornos desse direito nas diferentes constituições do Brasil. Contribuíram para essa compreensão autores como Donnini e Donnini e Meyer-P-Flug.

No capítulo 2, observam-se a colisão estabelecida entre a liberdade de expressão e os direitos personalíssimos, os critérios de ponderação na hipótese de colisão de direitos fundamentais e os reflexos civis e penais decorrentes da revogação da Lei de Imprensa. Para tanto, acompanha-se como vem se firmando o entendimento doutrinário acerca da responsabilidade civil dos meios de comunicação. Dentre os autores citados estão Canotilho, Germano e Machado.

No capítulo 3, aborda-se o direito de resposta como direito fundamental de defesa, a sua independência em relação à responsabilidade penal e civil, bem como os aspectos processuais do exercício desse direito, após a extinção da Lei de Imprensa, tendo como fonte, dentre outros, Canotilho, Miranda e Germano. Ademais, conforme consignado, a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal ensejou diversas consequências para o tema “Direito de Resposta”. Soluções possíveis são continuamente apontadas para os diversos impasses que vêm surgindo nos tribunais do nosso país, com citações de diversos acórdãos analisados a partir do seu inteiro teor, bem como dos pensamentos doutrinários; instrumentos corretores, que prevalecem como mais coerentes no âmbito jurídico.

Ainda, ressalta-se que sempre cabe o direito de resposta, sem prejuízo da responsabilização civil ou penal pela conduta abusiva praticada pelo órgão de imprensa. Em face disso, constitui-se a necessidade de abordar o tema da responsabilidade civil à luz da doutrina pátria: sendo ora considerada subjetivamente, analisando o dolo ou culpa do agente, entendimento preponderante; ora, analisada objetivamente, sem necessidade de se demonstrar o dolo ou culpa, havendo apenas a necessidade de se comprovar o dano resultado da conduta e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do jornalista responsável. Ainda, seguindo a orientação da Teoria do abuso do Direito, defendida por alguns

doutrinadores, compete o deferimento da indenização civil quando configurado o abuso do direito de expressão, conforme será demonstrado.

Por meio da comparação crítica dos ensinamentos doutrinários e das decisões dos juízos, e do estudo da ADPF 130/DF, busca-se apresentar o tratamento atual dado ao tema que envolve o direito de resposta, materializado como um saneamento dos abusos da liberdade de expressão. Este estudo vislumbra contribuir para o esclarecimento da aplicabilidade desse instituto, que é garantia constitucional, além de um instrumento veraz do processo democrático.

1 LIBERDADE E RESPONSABILIDADE NA COMUNICAÇÃO

1.1 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

A liberdade de expressão é um dos vértices da liberdade em seu sentido mais amplo, e tem por característica conferir autonomia ao ser humano.

O direito é o instrumento da manutenção daquela liberdade exercendo o papel de resguardá-la como faculdade de manifestação dos pensamentos sem qualquer censura.

Ao longo da história, os embates para cassar a liberdade de expressão, para minorá-la, consagrá-la ou estabelecê-la demonstram que se nenhum direito é absoluto, tampouco este o seria. Vale notar que há uma estreita relação entre liberdade de expressão e liberdade de pensamento, como explica Gilberto Jabur: “a liberdade de expressão, mestra da liberdade de pensamento, é autêntica propulsora dos regimes verdadeiramente democráticos”⁶. Na liberdade de expressão está constituído o direito do indivíduo em manifestar livremente suas ideias, opiniões e pensamentos, já que a liberdade de pensamento é a condição prévia da liberdade de expressão. Logo, percebe-se que não é possível liberdade de expressão sem liberdade de pensamento.

Para Donnini e Donnini, “a liberdade de expressão e informação decorre da liberdade de manifestação do pensamento, na medida em que esta última teria pouca importância se não existisse a possibilidade de se expressar”⁷. Por isso, reside na atividade intelectual esse direito, que além de sua natureza inalienável

⁶ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.19.

⁷ DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002, p.39.

encontra-se também constituído positivamente possibilitando a expressão de ideias e pensamentos. Nesse sentido, a liberdade de pensamento teria escasso valor caso não pudéssemos difundir o pensamento, expressando-o. Jabur ainda afirma que: “não há divulgação mais expressiva que aquela feita pelos veículos de comunicação social”,⁸ pois é por meio dela que recebemos informações sobre diversos fatos noticiáveis, possibilitando a formação de opiniões num verdadeiro exercício da democracia.

A Constituição Federal no seu artigo 5º conceitua a liberdade em sua relação com a lei prescrevendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, seguindo os ensinamentos de Montesquieu, para quem “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”⁹.

Em específico à liberdade de expressão, o art. 5º, inciso IX, da CF dispõe: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”. É na tutela do direito livre à atividade intelectual que se verifica a crítica jornalística, bem como, em particular, na tutela do direito à livre expressão da atividade comunicativa.

André Tavares defende que o termo “liberdade de expressão” não se restringe à liberdade de pensamento e (ou) aos juízos intelectivos. Contém a condição *sui generis* do externar sensações, inclusive, fundamentando seu posicionamento no mesmo artigo 5º, inc. IX da CF. Para tal autor, existe liberdade de expressão quando se pode informar sem censura, externar opiniões e críticas, da mesma forma, independentemente de censura ou licença. Tavares reforça que:

(...) a liberdade de expressão é composta tanto de uma dimensão substantiva, como de uma instrumental. Aquela compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. Esta traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento¹⁰.

⁸ Idem, Ob. cit., 2000, p.160.

⁹ MONTESQUIEU, Apud TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à privacidade. In: _____. **Direito à Privacidade**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p.216-217.

¹⁰ TAVARES, Ob. cit., 2005, p. 220. E ainda conforme o Art. 5º, inciso IX da CF: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Para o autor, decorre da dimensão instrumental o surgimento das liberdades de comunicação da imprensa, a saber, informar e veicular informações. A capacidade que cada sujeito possui de formar suas próprias opiniões e externá-las condiciona a formação da dimensão substantiva, ou seja, a dimensão pessoal. A dimensão instrumental seria o meio utilizado para difundir, externar essas ideias e opiniões.

O direito à informação, antes decorrente da liberdade de expressar o pensamento, era visto como um direito individual. Contemporaneamente, com o advento da comunicação de massa, da globalização (formação da cibercultura), vem sendo considerado um interesse coletivo à informação.

A liberdade de informação, para Cláudio Godoy, compreende tanto a aquisição quanto a comunicação de conhecimentos, tanto o direito de estar informado quanto o direito de compartilhar a informação, que é o direito à comunicação¹¹. Compreende, pois, o direito de quem fornece a informação e o direito de quem recebe a informação.

Pedro Caldas reforça essa idéia ao considerar que os meios de comunicação exercem um papel basilar na construção de uma sociedade participativa com a recepção de informações. Segundo este autor:

A liberdade de informação compreende tanto o direito de informar, que se confunde com a liberdade de manifestação de pensamento, como o dever de ser informado, que corresponde ao direito coletivo de receber a informação para que o receptor melhor edifique o seu pensamento¹².

Ramón Pizarro, por sua vez, acentua que empregar conotação diversa para o ato de expressar e o de informar não possui base normativa e é de difícil sustentação. Conforme esse mesmo autor, admitir a tese unitária não significa desconhecer a diferença que existe entre ambos os tipos de mensagens, em especial na hora de se verificar os limites entre o expressar e o informar e buscar soluções jurídicas para se definir quando se opera a responsabilidade objetiva, pois que as ideias, crenças e opiniões são de conteúdo valorativo, não sendo possível demonstrar a veracidade ou não dessas.

¹¹ Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p.60.

¹² CALDAS, Pedro Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59.

A diferenciação entre a informação em sentido estrito e a transmissão de opiniões, ideias ou juízos, para esse mesmo autor, tem aceitabilidade sólida no Direito comparado e no de seu país, bem como na jurisprudência da suprema corte, sendo de fundamental importância na hora de se buscar soluções jurídicas¹³.

A liberdade de expressão visa conceder ao indivíduo a prerrogativa de ser soberano sobre si mesmo, condição necessária para a realização pessoal, permitindo-lhe que busque o seu próprio espaço. Conforme assevera Tavares¹⁴ a possibilidade de se autodeterminar e alcançar a realização pessoal mediante a liberdade de expressão torna-se assim maior. Nesse processo, a diversidade de informações permite uma maior liberdade na formação de opiniões e tomada de decisões, através da cultura e do conhecimento que se adquire.

Daí porque o direito de informar, sem qualquer forma de restrição ou censura, salvo o direito de resposta, é garantido na atual Constituição Federal, com previsão no artigo 220, caput¹⁵.

A liberdade de expressão integra o rol das liberdades públicas, os direitos fundamentais, direitos humanos ou individuais cujo escopo é o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental previsto na Carta Magna brasileira no seu art. 1º, inciso III.

Caldas ressalta que no Brasil foi recentemente conquistada a liberdade de pensamento de forma plena, definindo-a sob dois aspectos: o da liberdade de consciência, que é o pensar livre, não exteriorizado, e que por isso não se pode “patrulhar”; e o exteriorizado, que por revelar o sujeito o seu pensamento passa a ser “um instrumento social valioso na medida em que é elemento de formação de opinião sobre algum fato ou tema”.¹⁶ O que vem permitindo à coletividade a participação democrática nos atos em geral. O pensar é livre, podendo, contudo, o

¹³ “Esta distinción entre lo fáctico y lo valorativo, entre informaciones em sentido estricto y opiniones, ideas y juicios, goza de sólida aceptación em El derecho comparado y em nuestro país, inclusive en La propia jurisprudência de La Corte Suprema, y se erige, insistimos, em uma directiva fundamental importância a La hora de buscar soluciones jurídicas”. Cf. PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidade civil de los médios masivos de comunicación**. Daños por noticias inexactas o agravantes. 2ª. edición. Ed.Hammurabi, 1999, p.81-8, tradução nossa.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.539-540.

¹⁵ Art. 220, *in verbis*, da Constituição Federal: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

¹⁶ CALDAS, Ob. cit., 1997, p.60-61.

próprio sujeito pensante se autocensurar motivado pelas suas convicções filosóficas ou religiosas. Porém, liberdade deveras se dá quando o que se pensa pode ser exteriorizado, virando opinião.

A liberdade de expressão tem uma dimensão individual quando garante ao indivíduo a possibilidade de se formar, de ser sem ter que se adequar a um modelo previamente determinado; e uma dimensão coletiva, quando a liberdade de expressão abarca também a terceiros, ligada à opinião pública e ao funcionamento do Estado democrático. E é a esta dimensão coletiva da liberdade de expressão que se atrela à liberdade de comunicação¹⁷. É o direito do povo de ser bem informado, um direito coletivo à informação; um direito de ter e compartilhar uma informação, pois, a livre informação possibilita um povo bem informado e capaz de escolher o destino da sua comunidade, permitindo a manutenção da democracia.

Entretanto, em que pese estar assegurada pela nossa Constituição Federal, a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade não podendo haver liberdade ilimitada. Tal liberdade abrange a atividade intelectual, artística, científica e *de comunicação* (IX do artigo 220), garantindo a liberdade de pensamento a todos e também o acesso à informação e comunicação, cuja exteriorização é direito do indivíduo, preservando o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (5º, inciso XIV). Nas palavras de Jónathas Machado deve ser exercida com responsabilidade não podendo haver liberdade ilimitada:

As oportunidades comunicativas devem ser distribuídas de acordo com princípios básicos de universalidade, igualdade, imparcialidade, justiça (*fairness*) e reciprocidade, valendo o postulado nos termos do qual, sem a proteção da liberdade de todos não haverá liberdade para ninguém¹⁸.

Ademais, para garantir a liberdade de expressão à coletividade, devem-se respeitar os princípios supracitados, na medida em que se trata de um direito para todos e contra todos. Segundo Nelson Hungria:

A liberdade de imprensa tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses. Não é possível uma colisão de direitos. O exercício de um direito degenera

¹⁷ TAVARES, Ob. cit., 2006, p.220-222.

¹⁸ MACHADO, Jónathas E. M. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Portugal: ed. Coimbra, 2002, p. 392.

em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio¹⁹.

Assim como existe o direito da Imprensa de noticiar os fatos, existe o direito do cidadão de preservar a sua vida íntima, a sua honra e imagem. A liberdade de imprensa, assim como qualquer outra liberdade, tem seu exercício limitado inerente nas outras liberdades. À liberdade desenfreada que falseia ou tergiversa a verdade dos fatos, lesa os interesses jurídicos e morais das pessoas, não se lhe deve oferecer proteção²⁰. Todo abuso deve ser coibido, a fim de se garantir proteção ao direito daquele que foi atingido por ele.

Darci Miranda, ao traçar a missão da imprensa, comenta a respeito da necessidade em se transmitir a informação com honestidade, buscando difundir a cultura: “A verdadeira missão da imprensa, mais do que a de informar e divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências (...) orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade”²¹. A imprensa deve ser o *locus* da manifestação da opinião pública, com o objetivo de lançar-se como instrumento de orientação para o destino emancipatório da humanidade devendo, pois, ter atuação fidedigna ao noticiar os acontecimentos, oportunizando as interpretações plurais sobre um mesmo assunto, disseminando, assim, a cultura.

Ainda, complementa o autor supracitado que “a liberdade que se lhe outorga, através de preceitos constitucionais e de lei ordinária, é tão grande como a responsabilidade que lhe impõe o *dever* de compreendê-la e aplicá-la. Errar, só de boa-fé”.²² Ao informar sobre um fato, a imprensa pode equivocar-se, entretanto, jamais utilizando-se da perversidade manipulativa, procurando sempre buscar fontes fidedignas e seguras do fato a ser noticiado.

A imprensa precisa preservar a preocupação em noticiar a verdade dos fatos, respeitando a dignidade humana. Caso a informação interfira nos interesses públicos, local permanente da dignidade humana, a liberdade plena torna-se nociva.

¹⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: ed. Forense. V. 6, 1981. p. 261.

²⁰ MIRANDA, Darci Arruda apud, BIELSA, Rafael. Dos abusos da Liberdade de Imprensa. In:_____. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, 1959, p.29

²¹ Idem, Ob. cit., 1959, p. 33.

²² Id. Ibidem, p. 34.

É difícil, contudo, fixar os limites de atuação da liberdade de comunicação/expressão, com fins de evitar tais problemáticas.

Ao jornalista cabe noticiar sempre o que é verdadeiro, de forma honesta e objetiva, pautado na real ocorrência dos fatos e tendo como finalidade divulgar o que é de interesse social e coletivo, conforme salienta Jabur ao defender que o “outro agregado da liberdade de expressão saudável, sensível contribuinte da informação verdadeira e isenta, é o cuidado e a prudência que os responsáveis pela coleta, triagem, edição e aprovação da matéria devem praticar”.²³ Esse procedimento deriva da boa-fé, fundamentado na veracidade dos fatos e com a convicção de que a fonte seja segura.

Não se exige diligência extraordinária que comprometeria o labor jornalístico, mas não tão só a coleta de meros subsídios. Entende o autor supracitado que se faz necessário verificar por completo a informação de forma definitiva, com responsabilidade, para evitar lacunas. Uma apuração isenta, com honestidade, que em nada tem a ver com o ‘afã sensacionalista’ ou com a busca pelo ‘furo de reportagem’, estará norteadada pelo bom senso e pela ética do jornalista. Do contrário, deve recair rígida responsabilização sobre aquele que feriu os direitos personalíssimos de outrem, pois:

(...) os frutos involuntários da sorte não eximem de responsabilidade o órgão que difunde a informação, mas devem amainar o peso pecuniário sobre quem errou. Aqueles, derivantes da pressa ou do obsessivo desejo pelo “furo”, “merecem rígida responsabilização, porque a um passo do vilipêndio da honra e da violação da privacidade ou da imagem, entre outros possíveis direitos personalíssimos”²⁴.

A informação deve acrescentar conhecimentos, elucidar, esclarecer fatos e atuar em prol dos interesses sociais. E, se é esse o interesse da imprensa,

as publicações que se destinem exclusivamente à satisfação de uma curiosidade quase patológica do populacho ou a difusão da malignidade estarão evidentemente excluídas da liberdade que se confere à imprensa, para a manifestação das idéias²⁵.

A matéria jornalística que não excede o direito à informação é a que visa prestar informações de interesse coletivo; interesse público *stricto sensu*. Assevera

²³ JABUR, Ob. cit., 2000, p.173.

²⁴ Idem, Ob. cit., 2000, p.174.

²⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**. Tutela penal de intimidade. São Paulo: RT, 1995, p.67.

Tavares que a liberdade de imprensa “não se reduz à mera permissão ou então à ausência de proibição. Tem como sustentáculo o (i) respeito e (ii) a responsabilidade, diferenciando-se da liberdade individual ilimitada”.²⁶ Esse autor apresenta a liberdade sob outro prisma: o da responsabilidade, que deve nortear qualquer ato, inclusive o da comunicação. Para ele, a liberdade de expressão e a responsabilidade caminham juntas. E complementa:

A liberdade de expressão implica a necessidade de harmonização e consideração dos demais direitos, como a privacidade, honra e imagem, sob o risco de perder a característica *liberdade* e, por conseguinte, passar a ser uma ‘arbitrariedade’ de expressão²⁷.

Para o ministro Ayres Britto deve haver uma permanente conciliação entre a liberdade de expressão e o compromisso com a responsabilidade na transmissão de informações completas e fidedignas pela imprensa, pois ela é formadora de opinião pública acerca de diversos assuntos. Segundo ele afirma:

(...) até porque, sob o prisma do conjunto de sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, mais a liberdade ganha tons de responsabilidade. É que os iguais dispõem de reais condições de reagir ativamente às injustiças, desaforos e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos e abusos²⁸.

Entretanto, se verificados presentes num caso concreto os elementos da responsabilidade, a saber, a conduta imprudente/negligente, o dano e o nexo causal entre os dois primeiros, pode resultar, para o autor dos fatos: o dever de reparar o prejuízo causado à vítima; os efeitos de uma responsabilidade civil, buscando-se alcançar o *status quo*, anulando os efeitos do ato lesivo e “devolvendo a paz” perdida, conforme defendido por uma grande parcela da corrente doutrinária. Então, surgem duas formas de reparar o dano: a em espécie e a reparação pelo equivalente -- questão que abordaremos noutro momento²⁹.

Com acuidade, afirma Jabur que “há uma enorme tensão entre a missão social da imprensa e a liberdade de expressão exercida pelas empresas de comunicação social, compelidas a sobreviver a uma feroz concorrência”.³⁰ Para

²⁶ TAVARES, Ob. cit., 2006, p. 217.

²⁷ Idem, Ob. cit., 2006, p.217.

²⁸ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 33.

²⁹ Cf. SAMPAIO, José A. Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 432.

³⁰ JABUR, Ob. Cit., 2000, p. 195.

algumas empresas, a rentabilidade tem sido o objetivo maior. Então, o que chama a atenção do povo, aquilo que vende, é o que tem ocupado espaço nas programações televisivas, e até mesmo na radiodifusão da informação. Acontecimentos relevantes do dia, importantes para que o sujeito tenha uma efetiva participação na vida coletiva de determinada sociedade têm sido substituídos por fatos sensacionalistas. Busca-se, por vezes, atender os gostos do povo: o que tem se traduzido em uma programação vazia de conteúdo saudável. Esse esvaziamento de conteúdo útil tem sido constatado também na imprensa.

Luiz Eluf constata que “a TV apela para qualquer barbaridade quando se trata de competir pela audiência”,³¹ e aí surgem os programas de entretenimento sem nenhum teor de utilidade, expondo e ridicularizando pessoas, na sua privacidade e até na sua honra. Essas programações suscitam reflexões sobre os limites à atividade informativa, liberdade de manifestar opiniões e de programações que invadam a privacidade e a honra das pessoas.

1.2 PERCURSO HISTÓRICO-CONTEMPORÂNEO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

A liberdade de expressão integra o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. É instrumento que confirma a liberdade individual de pensamento e de opinião; é, segundo Jónathas Machado, a “garantia da autodeterminação democrática da comunidade política globalmente considerada”,³² uma das peças fundamentais do governo republicano, ao lado do direito de sufrágio.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) assegurou a liberdade de opinião e de expressão e prescreveu que “a livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem”.³³ Contudo, já previa a responsabilidade pelos abusos, nos seguintes termos: “todo

³¹ ELUF, Luiz Nagib, apud JABUR, Ob. Cit., 2000, p.197.

³² MACHADO, Ob. Cit., 2002, p. 61.

³³ “*La libre communication des pensées et des opinions comme un des droits les plus précieux de l’homme*”. DONNINI, DONNINI, Ob. Cit., 2002, p.31, tradução nossa.

cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.³⁴

Donnini e Donnini citam que o direito de informar teve seu reconhecimento com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, quando no seu art. XIX ficou estatuído que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.³⁵

Também em 1948, em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, incluiu em seu art. IV que: “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão, e de difusão do pensamento por qualquer meio”.³⁶

Em 1950, na cidade de Roma, foi aprovado o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos, também prevendo o direito à liberdade de opinião, de receber ou comunicar informações ou ideias sem ingerência das autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. Prevvia ainda, esse Convênio, que tal exercício poderia ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções legais, a fim de garantir, numa sociedade democrática, a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública³⁷. Verifica-se que a liberdade de expressão há muito foi um direito garantido aos povos, sem ‘amarras’; entretanto, prevendo sanções quando constatado o abuso.

E em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, ao qual aderiu o Brasil, de acordo com o Decreto n. 678/92, consagrou em seu art. 13, I que: “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem limitações, na forma oral, por escrito, impressa ou artística (...)”,³⁸ direito não sujeito à prévia censura,

³⁴ Id. Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem, p.33.

³⁸ GODOY, Ob. cit., 2001, p. 57-58.

senão a responsabilidades posteriores, expressamente previstas em lei e que visam assegurar a proteção da segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral. Embora não ocorra prévia censura, verifica-se a previsão da responsabilidade posterior pelos danos decorrentes de uma informação sem responsabilidade.

Cada Constituição brasileira retrata a época em que foi elaborada e o regime de sua vigência, como, por exemplo, imperial, republicano, etc. Houve episódios políticos e administrativos determinantes para torná-las mais democráticas ou mais rígidas. Durante os períodos de regimes ditatoriais foram suprimidas muitas garantias constitucionais e houve épocas em que regimes democráticos consagraram diversos direitos e garantias fundamentais. Assim, também foi com a liberdade de expressão e os seus direitos correlatos, que acompanharam cada fase desses acontecimentos históricos³⁹. Viveram-se épocas de censura, de repressão e épocas de liberdade. Contudo, desde a Carta imperial a liberdade de expressão já tinha relevância e o constituinte já a positivava sem prever censura, nem limitar o direito de informar.

A Constituição de 1824, que foi outorgada, ora sem a participação popular, privilegiava direitos e garantias individuais, tais como a inviolabilidade do domicílio e presunção de inocência, além de instituir o direito de liberdade de expressão no seu art. 179, inciso IV. Porém, também estabelecia que o cidadão que se excedesse, seria submetido a julgamento pelo abuso dessa liberdade⁴⁰. A liberdade de expressão não era um direito absoluto, responsabilizando-se o autor de eventuais abusos, na forma da Lei. Ocorre que a Lei que regulamentou esse dispositivo constitucional foi decretada em 22 de novembro de 1823 e era precoce em relação à própria Constituição de 1824, tendo o seu período de vigência perdurado por quase todo o regime imperial, embora dependesse muito da vontade política do Imperador para ser aplicada⁴¹. Germano comenta que apesar dessa lei visar à democracia, o

³⁹ GERMANO, Luiz Paulo Resek. **Direito de Resposta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.117.

⁴⁰ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”. BRASIL, 1824, p.XX. Inciso IV. *Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commeterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar*”. BRASIL, 1824, apud GERMANO, Ob. cit, 2011, p. 118-119.

⁴¹ Id. Ibidem, p.119.

Imperador havia dissolvido uma Assembléia Constituinte antes de decretá-la, demonstrando a instabilidade do próprio regime democrático.

A carta de 1824 centralizava o poder político e administrativo, previa o Poder Moderador e era semiflexível, pois seus dispositivos poderiam ser alterados por leis infraconstitucionais⁴².

Em 29 de novembro de 1890 ocorreu a depredação do jornal *A Tribuna* por publicar folhetins e impressos contrários ao interesse do governo republicano, abalando, pois, a liberdade de imprensa.

Considerado draconiano o Decreto de 11 de outubro de 1890, que instituiu o Código Penal da época, previa responsabilidade solidária ao escritor, ao editor, ao tipógrafo, ao proprietário, etc. A Constituição de 1891, que foi a primeira Constituição da República, previa a liberdade de imprensa e responsabilidade pelos abusos. Ainda, impedia o anonimato⁴³. “Não se podia permitir que notícias fossem veiculadas sem que se soubessem (sic) de sua autoria; seria incompatível com o sistema democrático vivido”.⁴⁴ Pela primeira vez, tem-se a vedação ao anonimato, associada à restrição da liberdade de expressão, vinculando a notícia divulgada ao seu informante, pois que tinha que constar a autoria, na busca da efetivação do processo de legitimação da democracia.

Após a virada do século, a imprensa passou a ser respeitada no seu exercício da liberdade de expressão. A primeira Constituição brasileira a mencionar o direito de resposta foi a Constituição de 1934 (art. 113.9) *in verbis*:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta⁴⁵.

⁴² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

⁴³ Dispunha a Constituição de 1891: “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §12. Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato”. BRASIL, 1891, apud MEYER-Pflug, Ob. cit., 2009, p.120.

⁴⁴ MATHIAS, Hugo Carvalho. **A liberdade de informação da imprensa**. Garantia Constitucional. Teresina: ano 15. N. 2450. 17 mar 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14522>. Acesso em: 11/02/2011, s/p.

⁴⁵ BRASIL, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25/05/2011.

Impedia o anonimato e assegurava o direito de resposta, porém sem aplicabilidade por conter parâmetros imprecisos e ineficazes. Era uma Constituição democrática, mas que permitia “que o Poder Público impusesse a censura, especialmente em espetáculos públicos e escritos que pudessem colocar em risco os ideais que inspiravam o governo provisório”.⁴⁶ Embora vedasse a censura, essa vedação não era absoluta, pois a previa em espetáculos e diversões públicas.

Em 10 de novembro de 1937 foi outorgada a *Constituição Polaca*. Foi implantada a ditadura militar de Getúlio Vargas. Sucedeu o fim da democracia. Nessa época, a liberdade de expressão ocorria mediante condições e nos limites da lei. Verificou-se uma liberdade de expressão com caráter restritivo. Essa Constituição trouxe a censura aos veículos de comunicação. Suprimiu-se a liberdade de expressão. A imprensa exercia uma função de caráter público, previa o direito de resposta, gratuitamente, ao atingido em sua honra, proibia o anonimato, garantia ao governo a publicação de seus comunicados, previa pena de prisão para o diretor responsável e pena pecuniária à empresa⁴⁷. Essa Constituição trouxe uma delimitação mais precisa sobre o alcance do direito de resposta, porém com caráter nitidamente antidemocrático, pois postulava a liberdade de opinião condicionada e limitada, com censura prévia à imprensa⁴⁸. Nem tinha razão de existir o direito de resposta, pois que tudo que era objeto de informação passava por uma seleção, sendo que apenas se transmitia o conteúdo previamente liberado; sob pena de prisão ao diretor do jornal e multa à empresa, conforme aponta a doutrina de Hugo Carvalho Mathias:

O direito de resposta que fora inserido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1934, ainda um resquício de Democracia, foi mantido ao assegurar a todo o cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação. Contudo, nos parece um tanto contraditória a lei com o que de fato

⁴⁶ “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social”. BRASIL, 1824, apud GERMANO, Ob. cit., 2011, p. 120-121.

⁴⁷ “Art.122, item15, alínea: (...) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o infamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação”. Id. Ibidem, p. 122. -123.

⁴⁸ MEYER P-FLUG, Ob. Cit., 2009, p.59.

acontecia na prática, se tudo que era informação deveria passar pela censura prévia, o direito à livre informação estava suprimido, logo não haveria resposta ao que não era noticiado. Porém, há de se fazer um adendo, a imprensa informava o que o governo permitia, mas talvez ao violar um direito individual que não despertasse o interesse do governo, era permitido o desagravo, tal como dispõe a Magna Carta atual e a lei de imprensa que hoje vigora no país. Ainda era vedado o anonimato. No que tange à responsabilidade, efetivava-se através de prisão ao diretor do jornal que não cumprisse as determinações impostas pela lei e previa pena pecuniária à sua empresa. O país vivia de fato uma ditadura⁴⁹.

Ao mesmo tempo que à imprensa só era permitido divulgar o que o governo permitisse, garantia-se o direito de resposta na defesa aos direitos individuais do cidadão, na medida e proporção do agravo sofrido. Era o direito de resposta, da Constituição de 1934.

Em dezembro de 1939, foi criado o DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), por decreto presidencial, órgão responsável pela censura na imprensa e que tinha por finalidade difundir a ideologia do Estado Novo⁵⁰. Entre outras funções, cabia ao DIP divulgar a atuação do governo de Getúlio Vargas, sendo, na época, “uma verdadeira máquina da propaganda governista”, conforme lembrado pelo historiador Marco Cabral dos Santos⁵¹.

A Constituição de 1946 consagrou os direitos e as garantias individuais. Essa também foi uma constituição democrática que estabelecia a liberdade de expressão, limitando a censura aos espetáculos e diversões públicas, vedando o anonimato e garantindo o direito de resposta. Verificou-se o resgate da liberdade de imprensa e do direito do cidadão de informar e ser informado⁵².

Com vigência durante o regime militar, a Constituição de 1967 não tratou diversamente das demais no que tange à liberdade de expressão. Entretanto, em regime de exceção, a edição de Atos Institucionais (AI) eram uma constante. Essa

⁴⁹ MATHIAS, Ob. cit., 2010, s/p.

⁵⁰ MEYER P-FLUG, Ob. cit., 2009, p.61.

⁵¹ SANTOS, Marco Cabral dos. **Departamento de Imprensa e Propaganda: A censura no Estado Novo**. Disponível em: <http://educação.uol.com.br/historia-brasil>. Acesso em: 19/06/2011.

⁵² “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes: (...) §5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe”. BRASIL, 1946, apud.....

época foi marcada pelas muitas prisões de professores, de alunos e de jornalistas. Instaurou-se a censura no Brasil, restringindo-se a liberdade de expressão.

Também é de 1967 a Lei n. 5.250/67- Lei de Imprensa- que regulamentava a liberdade de expressão. Esse estatuto teve vigência até 30 de abril de 2009, quando foi revogado pelo julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 130, pelo STF, que declarou como não recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa; principalmente com o contido no artigo 220, § 1º, que dispõe: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” ⁵³.

A Carta Magna vigente até os nossos dias, denominada “Constituição Cidadã” por garantir diversos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988, no seu art. 5º, incisos, elenca os direitos fundamentais, cujo vértice é a garantia da dignidade da pessoa humana. Assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem qualquer censura ou licença (art. 5º, IX): direito esse que advém da livre manifestação de pensamento, garantia prevista no mesmo art. 5º, inciso IV. Não seria suficiente, pois, a livre manifestação de pensamento, pois nela atrela-se a possibilidade de uma pessoa expressar, de manifestar suas ideias, de se comunicar, características verificadas num regime democrático, enquanto “os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão”, ⁵⁴ nas palavras de Menezes Direito, ao julgar a ADPF 130.

A Constituição Federal assegura a todos o acesso à informação e protege o sigilo da fonte, quando indispensável ao exercício profissional, conforme previsto no art. 5º, inciso XIV.

No capítulo da Carta Magna vigente que trata da comunicação social (artigos 220 a 224) tem-se reforçada a liberdade de expressão, estabelecendo que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, *observado o disposto*

⁵³ SANTOS, Ob cit., 2011, s/p.

⁵⁴ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 12.

*nesta Constituição*⁵⁵. Dessa observação decorre a reserva qualificada, comentada pelo ministro Menezes Direito, na decisão da ADPF 130, assunto que será retomado mais adiante.

O texto constitucional assegura, pois, a liberdade de expressão e de informação, sendo facultada a qualquer pessoa a livre manifestação do pensamento, opiniões e ideias, por intermédio de escritos, imagem, palavra ou qualquer outro meio, assim como o direito de informar ou receber informações; garantia fundamental numa sociedade democrática. A circulação de idéias tanto é necessária, “quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas”⁵⁶, numa original comparação feita por Ayres Britto, relator da decisão proferida na ADPF 130. Por outro lado, complementa o ministro, para existir uma sociedade democrática, deve-se proteger igualmente a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Em recente decisão proferida pelo Tribunal Pleno, no dia 15 de junho de 2011, no julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 187, que pedia o reconhecimento da legitimidade das manifestações a favor da descriminalização das drogas, tendo Celso de Mello como relator, os Ministros motivaram seus votos, no direito à petição, à liberdade de reunião e à liberdade de manifestação do pensamento, liberdades individuais de caráter fundamental. Esse foi o argumento de Celso de Mello, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Cezar Peluso que votaram pela licitude da defesa pública pela legalização, permitindo, assim, o manifesto público em favor da liberação da maconha. Entretanto, deixaram claro que não está liberado o uso de qualquer psicoativo durante a Marcha, e nem permitida a participação de crianças e adolescentes. Ainda, que não se deve incentivar o uso da substância, não pode haver violência, e nem deixar de informar as autoridades públicas sobre a realização do ato; foi o posicionamento dos ministros⁵⁸.

⁵⁵ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 93, grifo nosso.

⁵⁶ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 91.

⁵⁷ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 92.

⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º187. Relator Ministro Celso de Mello, 15.06.2011.

A ministra Cármen Lúcia, no mesmo julgamento supracitado, transcreveu pensamento de jurista americano para justificar o seu voto: “Se, em nome da segurança, abirmos mão da liberdade, amanhã não teremos nem liberdade nem segurança”.⁵⁹ O ministro Ayres Britto, por sua vez, afirmou que “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, que é tonificada quando exercitada gregariamente, conjuntamente, porque a dignidade da pessoa humana não se exaure no gozo de direitos rigorosamente individuais, mas de direito que são direitos coletivamente experimentados”⁶⁰, enfatizando que a manifestação lícita é a manifestação pública, que não significa apologia ao crime, uma vez que poderia estar sendo defendida a legalização do aborto, da eutanásia, ou qualquer outra conduta típica. Trata-se de mais um exercício à liberdade de expressão, garantido pela Carta Magna.⁶¹

Frise-se que a liberdade de manifestação do pensamento é garantia constitucional inserta no artigo 5º da CF que veda o anonimato, na parte final do inciso IV; *assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, no inciso V, com o mesmo destaque ou duração da notícia que gerou a situação conflitante* e sob total responsabilidade do veículo de comunicação e não do que proferiu a ofensa; que prevê o direito à indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, no inciso X; e o direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional, no inciso XIV.

1.3 LIMITES PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

Ao julgar a ADPF 130, os ministros destacaram que é preciso assegurar a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, dando à imprensa o direito de “desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados”⁶². O

⁵⁹SCRIBONI, Marília. **Marcha da maconha tem respaldo da Constituição**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello-adpf-187-merito>. Acesso em 15/06/2011, s/p.

⁶⁰ Id. Ibidem.

⁶¹ Id. Ibidem.

⁶² Id. Ibidem.

direito de crítica é fundamental para o exercício da liberdade de expressão, num regime democrático.

Para que o cidadão possa conviver harmoniosamente em sociedade existe uma série de normas e princípios que visam assegurar uma gama de direitos e deveres. Dentre os direitos, encontram-se os direitos fundamentais que têm por escopo tutelar a pessoa humana, individualmente, na proteção aos atributos da personalidade humana.

A Constituição Federal de 1988 relaciona entre os princípios fundamentais o princípio da igualdade, no caput do art. 5º, e o princípio da dignidade da pessoa, no inciso III, do art. 1º, ambos com o mesmo valor. Conjugados os dois princípios, tem-se a base para a conformação dos demais direitos, protegendo-se a pessoa humana em toda a sua dimensão. Eis que a Carta Magna reconhece, pois, e “tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo”.⁶³ É o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionais fundamentais que constam de diversos títulos da Constituição Federal que “garantem o exercício do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana”.⁶⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana é o “princípio mãe” a partir do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o Poder Público, os particulares, pessoas naturais ou jurídicas. O princípio da dignidade da pessoa humana é visto como uma cláusula geral de proteção da personalidade do homem, no Brasil.⁶⁵

Ao veicular uma informação, pode-se verificar de um lado o direito de personalidade, individual; e de outro, o direito à informação e expressão, interesse público. O jornalista deve atuar com ética profissional, sob pena de responder civil e penalmente pelos abusos ou excessos que porventura cometer. Embora esteja garantida a liberdade de expressão, sem censura prévia, o direito de informar não é absoluto, sofrendo limitações na proteção aos direitos inerentes à personalidade

⁶³ Id. Ibidem.

⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005, p.137.

⁶⁵ Idem, Ob. cit., 2005, p. 139-142.

humana, conforme discorreu o ministro Jorge Scartezzini, em julgamento a recurso especial:

A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana⁶⁶.

A proteção jurídica que se verifica na liberdade de expressão e opinião permite a participação do povo de maneira mais efetiva na esfera pública. E por ser esta uma sociedade democrática, todos têm a possibilidade de formar a sua opinião e de difundi-la livremente. Entretanto, o exercício regular de disseminar os pensamentos e as opiniões está restrito à observância de determinados requisitos essenciais, sob pena de o informante sofrer responsabilização civil e (ou) criminal se os infringir. Deve o informante respeitar os direitos à personalidade de quem é a notícia.

Nas palavras de Jabur, a imprensa tem o seu exercício de atuação limitado pelo direito à vida privada, à honra, à privacidade do próximo:

Os limites de atuação da imprensa encontram-se no exercício desimpedido do direito alheio de similar envergadura personalíssima. Ao lado do respeito à moral pública e aos bons costumes, absorvidos pela comunidade e consagrados pelo direito, repousam o respeito à vida privada e a homenagem à honra, entre tantas outras formas de projeção da personalidade humana, implementos fundamentais ao desenvolvimento espiritual pleno, indispensável à expansão do próprio indivíduo. Mas qualquer expansão física ou espiritual deixa de ser liberdade e se converte em arbítrio quando atinge o próximo⁶⁷.

Para Farias, ainda que se trate de direitos de igualdade constitucional o direito à honra, à vida privada, à intimidade, à livre manifestação do pensamento, ao acesso à informação e à livre expressão da atividade de comunicação, a informação constante do art. 220, ao cuidar da manifestação de pensamento, contém que “nenhuma lei poderá constituir embaraço à plena liberdade de informação,

⁶⁶ Cf. Resp. 818.764/ES, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª turma, julgado em 15.02.2007. DJ 12.03.2007, p.250.

⁶⁷ JABUR, Ob. cit., 2009, p. 189.

observado o inciso X do art. 5º. Não significa dizer que a liberdade de imprensa está numa gradação hierárquica menor que os demais direitos, mas é “um limite externo à liberdade de informação, de modo a nortear a atividade do legislador infraconstitucional”.⁶⁸

Esse também foi o posicionamento do ministro Menezes Direito que se extrai do julgamento da ADPF 130 ao dizer que não é possível a vedação, pura e simplesmente, ao Estado, na mediação do conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Isso porque “deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana”⁶⁹. É de se considerar o princípio da reserva qualificada, prevista no artigo 220, §§ 1º e 2º da CF, vinculada ao art. 5º, que mostra que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal o provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, fazendo-se necessário estabelecer alguns critérios para esvaziamento desse conflito, a fim de “absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem”.⁷⁰

Simultaneamente, não se podem criar condições de intimidação, na busca de impedir ou punir o exercício da liberdade de imprensa, já que é vedada a censura. Deve-se estabelecer como limite a dignidade da pessoa humana.

A dignidade do ser humano e preservação de seus direitos inalienáveis devem ser o limite tangível à liberdade da imprensa, sendo necessário que se estabeleçam métodos e critérios para a solução dos problemas oriundos de tal conflito constituído entre liberdade individual e liberdade de imprensa. Ainda, nas palavras de Ayres Brito:

Nesse sentido penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, §§ 1º e 2º. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação de pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral

⁶⁸ FARIAS, Edmilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1966, p.127.

⁶⁹ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 91.

⁷⁰ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 91.

decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional). Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda a clareza que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, ou seja, objetivamente, essa Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas situações em que esse conflito estiver presente, na melhor tradição das Cortes Constitucionais⁷¹.

O que se constata é que nenhuma lei pode impedir a liberdade de expressão, ou conflitará com a Carta Magna, fazendo valer o comando normativo constitucional que preserva a dignidade da pessoa humana.

Maria Helena Diniz ressalta que esses direitos são fundamentais: tanto os direitos da personalidade quanto a liberdade de imprensa são “garantias da formação de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/1988)”.⁷² Além disso, observa que a solução do conflito que pode surgir entre esses direitos se dá com a prevalência da razoabilidade no lugar da racionalidade,⁷³ tendo presente os fatos e os valores contemporâneos à realidade em que se dá o conflito.

O exercício regular do direito de informar é verificado por um sopesamento de direitos contrapostos: sopesando-se todos os elementos fático-jurídicos presentes no caso com o fim de justificar a preterição de um em relação ao outro. A ponderação entre os direitos em conflito será feita levando em consideração o caso concreto e as suas circunstâncias. Como bem exemplifica Tavares, expressões sem limites podem conflitar com direitos públicos e privados: palavras obscenas conflitam com o interesse público à moralidade, panfletagens, paradas e outras formas de manifestações podem ameaçar a segurança pública e a ordem, em dadas circunstâncias, expressões difamatórias podem invadir o direito à reputação, entre outros.⁷⁴

Por conseguinte, deve-se verificar a relevância da informação à opinião pública, bem como os demais critérios concernentes à forma de veiculação da

⁷¹ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 92-93.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 127.

⁷³ Cabe frisar que razoabilidade está inerente a questões relativas na esfera da legalidade enquanto a racionalidade, da legitimidade da norma. Contudo, aqui não buscaremos tais discussões análogas a filosofia do direito.

⁷⁴ TAVARES, obc it, 2006, 218.

notícia, sua racionalidade e razoabilidade, sempre sopesando os valores de igual constitucionalidade, estando entre esses valores a honra, a privacidade e a imagem das pessoas.

Para que a matéria jornalística seja alcançada por uma ação judicial, é preciso verificar a culpa ou a intenção de ofender a honra da pessoa atingida. Faz-se necessário realizar um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais: honra da pessoa noticiada e o dever de informação. Quando houver uma colisão entre os direitos em questão, a sugestão é que sejam examinados três fatores na reportagem jornalística: a) relevância social da informação ou da opinião que se referem às pessoas ou assuntos públicos; b) a veracidade das informações difundidas, constatada mediante comprovação de acurada investigação anterior à publicação; c) adequação das expressões utilizadas na manifestação do pensamento e na divulgação do fato noticiável.⁷⁵

A atuação lícita da imprensa se dá quando o titular do direito consente com a lesão, e em outros casos, a saber, nos dizeres de Nicolodi:

(...) quando a notoriedade justifica um interesse geral pela sua vida; quando ocupa uma posição de destaque no cenário social ou político; quando o interesse público é motivado pela formação de uma opinião livre e plural, necessária para a concretização de uma sociedade democrática. Não fosse assim, comprometer-se-ia a toda evidência a atividade jornalística⁷⁶.

A liberdade de expressão e a ampla possibilidade de atuação da imprensa são de suma importância para uma sociedade democrática. Para Nicolodi, a atividade da imprensa invadindo a esfera íntima é legítima quando constatada a relevância pública dos fatos noticiados, um interesse didático, político, social ou de polícia; ainda, desde que utilizadas expressões adequadas para a divulgação da informação, assim como meios adequados para isso. O abuso fica caracterizado quando o autor do dano exerce o direito além das prerrogativas que lhe são conferidas.

A crítica jornalística é exclusivamente narrativa, apresentando os acontecimentos em que se viu envolvida determinada pessoa. Já, a ofensa descamba para o ataque pessoal. O jornalista, no regular exercício de sua profissão,

⁷⁵ FARIAS, Ob. Cit., 1966, p.234.

⁷⁶ NICOLODI, Ana Marina. **O exercício regular do direito de informar como causa excludente de ilicitude na atividade jornalística**. Disponível em: <http://www.uj.com.br>. Acesso em: 14.01.2011, s/p.

tem o direito de divulgar os fatos, até mesmo de emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, desde que com a finalidade de informar a coletividade. Entretanto, o ataque pessoal, em busca de sensacionalismo, configura o abuso de direito e o consequente dever de reparar o dano moral e até material que decorrer de sua conduta⁷⁷. O agente de uma conduta que ultrapassa os limites do direito de informar não se exonera da responsabilidade civil pelos danos que causa quando verificados os pressupostos para a responsabilização civil.

Celso de Mello salientou, no julgamento da ADPF 130, que “todos sabemos que o exercício concreto, pelos profissionais da imprensa, da liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, assegura, ao jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra qualquer pessoa ou autoridade”.⁷⁸

Configuram interesses legítimos desse profissional o “relatar ou tomar posição sobre matérias em relação às quais subsiste um interesse sério pela informação por parte do público”,⁷⁹ com ética profissional, respeitados a pessoa objeto da notícia e o princípio da presunção de inocência, verificada a confiabilidade da fonte informativa que denota a boa-fé do jornalista e, ainda, evitando-se juízos subjetivos sobre a pessoa visada.

Para Luiz Gomes Junior e Miriam Chueri,⁸⁰ a imprensa não é apenas responsável pela divulgação de fatos e notícias, mas também tem um papel de destaque na formação de opiniões. Conforme pensamento do ministro Celso de Mello, contido no julgamento da ADPF 130:

Ninguém desconhece que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV c/c o art. 220)⁸¹.

⁷⁷ CAVALIERI, Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: ed. Malheiros, 2005. p.132-133.

⁷⁸ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 148.

⁷⁹ NICLODI, Ob. Cit., 2011, s/p.

⁸⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz M. e CHUERI, Miriam F. **Direito de imprensa e liberdade de expressão**: Soluções teóricas e práticas após a revogação da Lei 5.250, de 09.02.1967. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011.

⁸¹ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 148.

A crítica fundada em interesse público configura, pois, exercício regular de um direito do jornalista. Também é esse o entendimento de Nicolodi, para quem “o exercício regular do direito de informar do jornalista corresponde à divulgação de um fato verdadeiro, de forma adequada e proporcional, para satisfação de um interesse público ou relevância social”.⁸² A liberdade de expressão torna possível à sociedade o conhecimento de diversos problemas, o enfrentamento desses problemas mediante a discussão e a busca pela solução, o que justifica sua extrema relevância.

Vale notar que o que é objeto de informação deixa de ser privado e passa para o domínio público, daí advindo a necessidade de se informar com responsabilidade, pois uma notícia sem responsabilidade pode resultar em efeitos irreversíveis quando verificado o abuso, devido ao alcance de um fato noticiado.

A Constituição Federal tutela o legítimo exercício da atividade de imprensa e não o abuso.⁸³ E a dignidade humana e o respeito à personalidade de cada indivíduo são os valores constitucionais principais e unificadores de todo o sistema jurídico. Entretanto, é comum a ocorrência de colisão entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e expressão, fazendo-se necessária a ponderação dos bens em conflito para verificar qual deles deva ceder, mesmo que minimamente, em prol do outro. O posicionamento do ministro Menezes Direito, proferido na decisão da ADPF N°130 foi no sentido de que:

(...) quando se tem um conflito possível entre a liberdade de imprensa e sua restrição, deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação de idéias. A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação⁸⁴.

Nesses termos, deve-se dar primazia à liberdade de imprensa, *a priori*, em nome do interesse público. Entretanto, em contrapartida, a Carta Magna prevê mecanismos de reparação dos excessos que possam vir a acontecer, como o direito de resposta e a reparação material e moral, inclusive, ainda podendo o ofensor ser responsabilizado criminalmente. É o que acontece nas diversas constituições democráticas, conforme se depreende do magistério do ministro Marco Aurélio:

⁸² NICLODI, Ob. Cit., 2011, s/p.

⁸³ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 119.

⁸⁴ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 91.

Em todas as democracias modernas existe um conflito clássico entre dois valores fundamentais: o direito à informação, de um lado, e os direitos ligados à personalidade, de outro. As Constituições resolveram o dilema confirmando primazia ao primeiro termo, em nome do interesse público. Como contrapartida, criaram mecanismos para reparar excesso cometidos no livre exercício da imprensa.⁸⁵

Tavares sustenta que seria contraditório garantir o direito de expressão permitindo que outros direitos individuais fossem atingidos. Se cada indivíduo tivesse a prerrogativa de um direito absoluto, como ficaria o direito dos demais indivíduos, por conseguinte, também absolutos? Todo direito sofre limitações, e como assevera o autor:

A existência dessas limitações ao direito à liberdade de expressão se explica tanto (i) pela necessidade de harmonia entre os direitos individuais como (ii) por questão de coerência, visto que seria, no mínimo, contraditório se a liberdade de expressão, que é um direito engendrado pelo homem para assegurar e possibilitar sua autodeterminação individual, estivesse em contradição com essa mesma finalidade, atentando contra o desenvolvimento da personalidade individual e desrespeitando direitos essenciais à própria personalidade⁸⁶.

Semelhante é o comentário de Pizarro citando Gonzáles sobre a liberdade de expressão, de que se deve observar a liberdade quando existe um interesse público, na crítica aos atos do governo, às condutas de funcionários públicos e aos assuntos de interesse geral, mas que essa liberdade não pode ser irrestrita quando afetar interesses individuais, visto que nessa hipótese tem-se um conflito entre particulares: o órgão de imprensa e o sujeito lesado pela informação.⁸⁷

Como já dito, não há direito absoluto, por isso não se pode admitir que em nome da liberdade de informação, de interesse geral, sejam atingidos os direitos à honra, à imagem, à intimidade, que são interesses individuais do ser humano. Porém, a recíproca também é verdadeira. Pereira cita a necessidade de se motivar a defesa do veículo que publicou uma informação no exercício legítimo do *ius narrandi*:

Recorre-se à idéia de legítimo exercício do *ius narrandi*, quando o que se pretende não é simplesmente descaracterizar o dolo, mas descaracterizar a

⁸⁵ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 140.

⁸⁶ TAVARES, Ob. cit., 2006, p.542.

⁸⁷ “Debe preservarse con energia La libertad de expresión cuando tiende a cumplir una misión institucional, por vía de La crítica de los actos de gobierno, de valoración de La conducta de funcionarios públicos o de asuntos de interés general y esa libertad de expresión no puede ser irrestricta cuando La publicación afecta intereses individuales de las personas; puesta en tal hipótesis, se trata, simplemente, de un conflicto entre particulares: el órgano informativo y el sujeto lesionado por La información.” GONZALES, apud PIZARRO, Ob. cit., 2007, p. 159.

própria ilicitude objetiva da publicação. Em não poucas hipóteses, o argumento é absolutamente adequado. E isso ocorre evidentemente quando a informação publicada, malgrado ofensiva, é de interesse, é verdadeira e apresentada de forma razoável em função do tema. Também é usual que o amparo legal seja corretamente desenvolvido: normas constitucionais, art. 23, III do CP e/ou art. 160, I, do CC⁸⁸.

O autor supracitado chama a atenção para a necessidade de se proceder a um exame de veracidade da matéria publicada, *exceptio veritatis*, que, para alguns juízes, pode ser de difícil aceitação nos casos não expressamente previstos em lei, contudo, absolutamente necessário. Será determinante para a verificação da presença ou ausência de uma causa discriminante, já que quando não está prevista em lei, expressamente, a exceção da verdade, não se trata de verificar a presença ou não de elemento objetivo do tipo: “falsamente”, que levaria à atipicidade da conduta; mas refere-se ao juízo de exclusão da ilicitude.⁸⁹ Previsto no tipo, exclui-se a tipicidade. Não previsto na descrição objetiva do tipo, exclui-se a ilicitude.

Gomes Júnior e Chueri também defendem a necessidade de não apenas divulgar, mas sim noticiar fatos verdadeiros, buscando atender à função social da atividade informativa: “Nem tudo o que é verdade pode ser divulgado, mas tudo o que divulgar deve ser verdadeiro”.⁹⁰

Pedro Caldas, por sua vez, esclarece que ao se veicular uma informação deve-se observar o direito de informar os acontecimentos e as idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade, do contrário ter-se-á a manipulação da informação, num sentido não informativo. Para que haja um equilíbrio entre os direitos é que existe o sistema de freios e contrapesos.⁹¹

Na esfera cível, para Guilherme Pereira, a tese da defesa seria a “do exercício legítimo de direito de crítica”, fundamentada no art. 27, VIII: “Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: (...) VIII- a crítica inspirada pelo interesse público”⁹². Nessa mesma

⁸⁸ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

⁸⁹ Idem, Ob. cit., 2002, p. 143-145.

⁹⁰ GOMES, CHUERI, Ob. cit., 2011, p. 122.

⁹¹ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

⁹² Idem, Ob cit., 1997, p. 145.

linha é o pensamento de Mello ao fazer constar na motivação da sua decisão à ADPF 130 que:

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder⁹³.

Matéria jornalística que se atém a tecer críticas prudentes ou a narrar fatos de interesse coletivo está sob o pálio das excludentes da ilicitude, em conformidade ao artigo supracitado (art. 27), da Lei de Imprensa, não resultando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.

Uma vez extinta a Lei de Imprensa, conforme já comentado, o fundamento para o exercício legítimo do direito de crítica é a própria Constituição Federal, art. 220, § 1º. Como nenhum direito é absoluto, cabe a reparação devido à tirania e opressão que demonstraram o abuso de direito de um em detrimento de outro, comprometendo a harmonia social que, segundo Caldas, vincula-se a:

(...) um direito tem seu campo de atuação limitado pelo campo de atuação de outro direito. Exercício de direito vulnerador de uma situação jurídica, ou de outro interesse juridicamente protegido, configura despotismo ou abuso de direito, configurações que trincam a ordem jurídica, o equilíbrio e a harmonia social, demandando a reparação devida⁹⁴.

Assim, toda lesão aos direitos pessoais de terceiros, baseada em rumores e boatos, divulgando-se fatos inverídicos, com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) de quem exerce o direito de informar, deve ser indenizada, pois que o abuso jamais é tolerado.

Donnini e Donnini defendem que se a imprensa violar um direito individual (honra, intimidade, vida privada), difundindo sem critério críticas e (ou) acontecimentos, configurará abuso do direito de comunicação que poderá resultar em responsabilidade criminal e civil para o responsável, o que consiste em pena e obrigação de reparar o dano causado⁹⁵. Ocorre, então, o desvio do exercício de um

⁹³ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 149.

⁹⁴ CALDAS, Ob. cit, 1997, p. 105.

⁹⁵ DONNINI e DONNINI, Ob. cit, 2002, p. 54.

direito, tornando uma conduta inicialmente lícita, porque respaldada pelo Direito, em ilícita, diante do abuso em sua atuação, afastando-se a proteção jurídica.

Gomes Júnior e Chueiri apresentam três elementos necessários para que a crítica não se configure abusiva: a verdade, a utilidade, como função social da atividade informativa, que levará a uma correção de postura da pessoa criticada, e o respeito aos limites éticos indispensáveis, não veiculando apenas *ofensa pela ofensa*⁹⁶. Lembre-se, ainda, que a pessoa pública é mais suscetível a ataques e críticas, devido a sua ampla exposição.

Entretanto, seja público ou não, todo indivíduo tem o direito de ter sua imagem, nome e boa fama protegidos pelo Direito. Ofensas pessoais ultrapassam a fronteira entre o exercício da liberdade de informação e alcançam o abuso deste direito. É evidente que o homem público é mais exposto e vigiado, entretanto, se a finalidade é achincalhar, ofender, verifica-se o abuso e não o interesse da população na informação, também é assim conforme se extrai da precisa lição de Mello:

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação de pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil⁹⁷.

Contudo, se não verificada a intenção de achincalhar, ofender, não cabem danos morais. Em recente decisão noticiada em 11.04.2011 pelo Jornal “O Globo”, viu-se a senadora Marta Suplicy ter negado pedido de indenização moral pelo uso da expressão “perua” atribuído em publicação da Revista Veja (Editora Abril). O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que não houve ofensa à honra da ex-prefeita, portanto incabível a indenização por dano moral, vez que a intenção foi apenas ressaltar o estilo pessoal, ‘notadamente sua maneira de se vestir’, e que também a expressão ‘esfuziante ex-prefeita’ empregada na reportagem, ressalta o estilo pessoal da política, nada além. A senadora ainda teve o recurso especial rejeitado pelo STJ.⁹⁸ Tratando-se de uma pessoa pública, bastante evidenciada, o

⁹⁶ GOMES e CHUEIRI, Ob. cit, 2011, p. 130.

⁹⁷ BRASIL, ADPF 130, 2009, p.159.

⁹⁸ STJ rejeita recurso de Marta Suplicy contra publicação que a chamou de perua. **Jornal Eletrônico ‘O Globo’**. Disponível em: www.oglobo.com. Acesso em: 11/04/2011.

estilo Marta Suplicy foi o que a reportagem da Revista Veja procurou salientar, sem, contudo, ofender a honra subjetiva da política.

Para o ministro Cezar Peluzo, “além da Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda”⁹⁹. A Carta Magna se refere à plenitude nos limites conceitual-constitucionais, garantindo-a (a liberdade de imprensa) plena dentro do espaço que lhe reserva a Constituição Federal, prevendo a tutela da pessoa humana, mantendo equilíbrio entre esses dois valores. Entretanto, ao existir conflito entre esses, em não existindo mais lei que regule o assunto, diz o ministro: “a mim me parece se deva deixar ao Judiciário a competência para decidir questões relacionadas, sobretudo ao direito de resposta e a termos correlatos”.¹⁰⁰

Interessante observação é feita por Rodrigo Xavier Leonardo ao comentar que, ao sopesar os interesses envolvidos quando ocorre um embate entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade de indivíduos que integram a informação, a notícia, a manifestação do pensamento, violados, deve-se ter em mente que “os fatos em si, que são objeto da manifestação do pensamento, não são de titularidade de nenhuma dessas partes e, para além delas, um conjunto de destinatários da informação também deveria ser considerado na ponderação”.¹⁰¹ Para Leonardo, é nisso que se explica e se apresenta o direito difuso à informação. De fato, o interesse da coletividade, da população, sobre o fato noticiado deve servir de parâmetro para se fazer o juízo de ponderação dos interesses envolvidos, avaliando os prejuízos difusos que possam decorrer da falta de acesso à informação. Deve ser avaliado o interesse da população em ter o acesso à informação que se pretende restringir, além da liberdade de informar e dos direitos à personalidade do sujeito objeto da notícia.

A extinta Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) no afã de apontar um limite para a liberdade de expressão trazia dois elementos que demonstravam o abuso do

⁹⁹ BRASIL, ADPF 130, 2009, p.122-124.

¹⁰⁰ BRASIL, ADPF 130, 2009, p.122-124.

¹⁰¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **O Direito Difuso à informação e a Censura:** os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. IN: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba: Maio de 2011, p. 4-5.

direito à informação e que levavam à caracterização da responsabilidade civil: se o fato narrado dizia respeito à vida privada do ofendido e se a divulgação não era motivada pelo interesse público. Critérios que podem, ainda, ser utilizados de forma genérica, a fim de delimitar a zona fronteira entre a liberdade de expressão e o abuso desse direito¹⁰². Embora pareça um tanto quanto contraditório, a liberdade de expressão pressupõe limites para que não se configure um ‘abuso de expressão’. A teoria do abuso de direito surgiu com a finalidade de estabelecer o justo limite à esfera de liberdade de cada indivíduo.

Conforme Judith Martins-Costa, em matéria de abuso o Direito Brasileiro se consolida numa tradição de fragmentações, não de sistema uniforme cujo conceito vinha sendo construído até o final do século XX, pela doutrina e jurisprudências pátrias, tendo necessariamente a ‘malícia e a culpa’ como elementos integrantes do abuso de direito. Somente no período de 50 a 70 desse século passou-se a analisar o abuso decorrente do exercício anormal ou irregular de um direito e outras hipóteses de abuso começaram a aparecer. Contudo, maior ainda era o retrocesso do que os avanços, pois permanecia a ideia no tocante aos elementos, de que deveria se verificar a culpa grave ou dolo para se configurar o abuso de um direito¹⁰³.

Ainda segundo Martins-Costa, na década da virada do séc. XXI, a jurisprudência passou a caminhar no sentido da objetivação do abuso, a partir da CF de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que tratava da abusividade contratual em favor do consumidor, quando no STJ começam a surgir arestos dispensando a culpa grave e o dolo para a configuração do abuso.

O Código Civil de 2002 solidificou os elementos do abuso de direito, quais sejam: “a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito, situação que até hoje perdura, invocando-se o art. 187, mas fundamentando-se o decidido nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade a (sic) rejeição

¹⁰² “Art. 49, §1º da Lei 5.250/67: Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos artigos 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão do interesse público”.

¹⁰³ COSTA, Judith Martins. **Os avatares de abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro 21-23 de setembro de 2006). Disponível em: WWW.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune.Em_04/05/2011.p. Acesso em: 04/05/2011, p. IX.

ao abuso” ¹⁰⁴. Ou seja, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos costumes, conforme o citado artigo do Código Civil, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Martins-Costa ao explicar o que seja a boa-fé a conceitua como um estado de consciência individual que requer “a consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado, isto é, de se estar agindo corretamente, de não se estar lesando regra jurídica ou direito de outrem”. ¹⁰⁵ A boa-fé é vista como um princípio geral em matéria obrigacional, ao qual se ligam certos deveres positivos e negativos. É contrário à boa-fé tudo que se distancia da sinceridade.

Para a autora em comento, a ilicitude civil do art. 159 do CC de 1916, confundida com a culpa, estava atrelada ao dever de indenizar por dano ao patrimônio. Pouco se cogitava da ilicitude no modo do exercício, o que levou a doutrina a refletir sobre ilicitude e abuso, numa reconstrução à ideia de ilicitude, passando a entendê-la como uma contrariedade ao direito, observando-se o conjunto do Ordenamento, composto por princípios e regras, e que tinha por fim assegurar a coexistência das liberdades. Por isso, essa contrariedade ao direito não precisa ser culposa, bastando que seja *imputável* ¹⁰⁶ a alguém.

Assim, a teoria do abuso de direito surge com a finalidade de estabelecer um limite à esfera de atuação de cada indivíduo; um limite à esfera da liberdade comportada pelas situações jurídicas subjetivas. Limites estes que são fixados tomando-se por base os limites ao direito de outrem. O direito subjetivo comportava uma ideia que exprimia um interesse individual e egoísta do sujeito; a “noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional”. ¹⁰⁷

As situações jurídicas subjetivas constituem-se em um complexo de direitos, prerrogativas e deveres (...) no qual não se tutela apenas o interesse do

¹⁰⁴ Idem, Ob. cit., 2006, p.11.

¹⁰⁵ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.130-131.

¹⁰⁶ Significando “que seja atribuível a alguém”, que deverá arcar com as consequências do ato ou fato e na medida de sua responsabilidade. Cf. Idem, Ob. cit., 2000, p.17.

¹⁰⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28.

titular, mas de toda uma coletividade, expressando-se como a melhor manifestação do solidarismo ou socialismo¹⁰⁸.

O sujeito de direito vive em sociedade, integrando-se com várias outras pessoas; e ao exercer os seus direitos subjetivos pode acabar por prejudicar outros sujeitos e até a própria coletividade; eis que surge o princípio da relativização dos direitos ao lado da teoria do abuso do direito.

A teoria do abuso do direito encontra aplicação no exercício dos direitos da liberdade de expressão do pensamento, “limitado pelo respeito à personalidade dos outros”.¹⁰⁹ A liberdade de imprensa pode se configurar antissocial, quando verificada a intenção de prejudicar. E, ainda que não configure uma infração penal, é suficiente para acarretar a responsabilidade do agente, pois que é antijurídica, mesmo que revestida de uma aparência de direito. Contudo, essencial se faz a verificação do prejuízo a outrem, pressuposto para a responsabilização civil, pois somente resultando num prejuízo a alguém é que surge a obrigação de indenizar.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do RJ deferiu, por unanimidade de votos, pedido de indenização moral a Anthony Garotinho que teve veiculada no Jornal “O Globo” a manchete: “Garotinho usou avião de bandido” e “Jatinho não está na lista de doadores”. Entendeu a Primeira Câmara Cível, em decisão que teve por Relatora a Desembargadora Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, que houve abuso no exercício do direito de informação da empresa jornalística, com a consequente responsabilidade, “sendo o dano moral um desdobramento da própria conduta ofensiva, bastando a ocorrência de um fato danoso o suficiente para causar intenso sofrimento à pessoa média, para que se comprove a ofensa moral”. Conforme a motivação da relatora fica afastado o dever de indenizar quando não comprovada a dor, o vexame ou humilhação, pelo fato noticiado, interferindo de forma significativa no comportamento psicológico do indivíduo. Aludiu, ainda, que não é suficiente para a indenização assinalar o mero dissabor, a mágoa ou o aborrecimento¹¹⁰.

Contudo, a culpa deixou de ser o fundamento para o ato abusivo. Já não se faz necessária a consciência do agente em ter se excedido no exercício do seu direito, bastando que objetivamente tenha se excedido nos limites da boa-fé, dos

¹⁰⁸ Idem, Ob. cit., 2002, p. 29.

¹⁰⁹ Id. Ibidem, 2002, p. 48.

¹¹⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Civil nº 0055022-31.2006.8.19.0001. Rel. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo.

bons costumes e do fim social e econômico do direito. Embora haja, com grande aceitação, o entendimento de que pela importância dada à imprensa, por meio do art. 220, § 1º, “não seria razoável dispensar o dolo ou a culpa, sob pena de criar embaraços para a correta e indispensável atuação dos órgãos de imprensa”¹¹¹, corrente que entende ser necessário o dolo ou culpa do causador do dano, admitindo tão somente a responsabilidade subjetiva para a reparação civil.

Defendendo a necessidade de se demonstrar o dolo ou a culpa do causador do dano para se imputar a responsabilidade civil (responsabilidade subjetiva), Rogéria Dotti comenta que se trata de uma garantia à livre atuação dos jornalistas e meios de comunicação “um salvo conduto necessário para que se ouça a voz da liberdade” que evita condenações injustas por se basearem apenas na verificação da conduta lesiva e o nexo de causalidade para a responsabilização, exigindo tão só que o jornalista atue com diligência na busca da informação verdadeira.

Comenta a autora que, a partir da decisão da ADPF 130/DF, em abril de 2009, contudo, essa garantia de condenação civil amparada na responsabilidade subjetiva deixou de existir, por ter o STF afastado a Lei de Imprensa que previa a necessidade de se comprovar o dolo ou a culpa no artigo 49 daquela lei¹¹², embora seja adotada por grande parte da doutrina. A partir de abril de 2009, surgiram decisões, nos tribunais, sustentando que a imprensa exerce uma atividade de risco e, por isso, está sujeita à responsabilidade objetiva, do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, sem necessidade de verificação do dolo ou culpa. A tese foi, porém, refutada por Rogéria Dotti, uma vez que, no seu entender, gera condenações injustas, ao que ela caracteriza como a “pior das censuras ao direito de informar”, que pode levar muitos jornais à falência, provocando assim “o silêncio” dos jornalistas, e impedindo que os jornais exerçam “com independência e coragem sua missão”¹¹³.

¹¹¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A Responsabilidade civil dos órgãos de Imprensa e a Teoria do Risco Criado** (art. 927, § Ú, do Código Civil de 2002). Disponível em: www.fiscolex.com.br. Acesso em: 20.05.2011, s/p.

¹¹² “Art. 49 da Lei de Imprensa: Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar: I- os danos morais, nos casos previstos no art. 16, incisos II e IV, no art. 18, e de calúnia, difamação ou injúrias; II- os danos materiais, nos demais casos”. Apud MIRANDA, Ob. cit., 1994, p. 45.

¹¹³ DOTTI, Rogéria. **A responsabilidade subjetiva como um salvo-conduto à Liberdade de Expressão**. In: Jornal da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba: maio de 2011, p 7-8.

De fato, constata-se a adoção da tese da responsabilidade objetiva na decisão proferida pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de apelação, quando o tribunal motivou sua decisão na Teoria do Risco do Empreendimento, extraída do parágrafo único, do art. 927 do Código Civil, para condenar a “Rádio Difusora Vale do Paraíba Ltda” a indenizar o autor em R\$14.000,00 (quatorze mil reais) pelos danos morais. Pede-se permissão ao leitor para reproduzir as palavras de baixo calão que servem exclusivamente para uma melhor compreensão do caso. O autor teria sido chamado de ‘vagabundo, viadinho, comedor de viado, filho da puta’, além de sofrer a imputação de prática criminosa mediante a imputação da pecha de traficante de drogas da região. A ré foi condenada à indenização por danos morais e a conceder o direito de resposta, “atribuindo-lhe o mesmo relevo e destaque da notícia principal, no mesmo programa e mesmo horário”. A empresa radiodifusora negou responsabilidade por locar os equipamentos e o espaço ao prolator da ofensa. Porém, o tribunal entendeu que tal argumento não afasta a responsabilidade da ré, “tendo em vista que eventual dano gerado constitui risco da própria atividade exercida como veículo de radiodifusão”¹¹⁴, destacando ainda o fato de a empresa auferir lucro com a transmissão do programa, o que não lhe permite se eximir da responsabilidade, conforme se verifica do referido julgado:

Destaco neste exato ponto, que a empresa Demandada auferia lucros com a veiculação do programa radiofônico, correspondente ao percentual de 50% do valor bruto obtido nos contratos de patrocínio do programa, em conformidade à cláusula 5, do contrato de fls. 48/49, pelo que não pode agora querer ver-se eximida quanto à responsabilização pelo seu conteúdo, cuja proveniência e veracidade cabiam-lhe controle e fiscalização. Isto posto, entendo que a responsabilidade da Ré, emissora de radiodifusão, pelos danos gerados em razão do exercício de sua atividade, mesmo que se tratando de programa de produção independente, decorre da aplicação estrita da teoria do risco do empreendimento, extraída do parágrafo único, do art. 927 do CC. Acrescento que ambos, emissora de rádio e empresa que realizou o programa radiofônico, se associaram em intento de lucro e ambas são responsáveis solidariamente pelo ato ilícito praticado contra a honra e imagem do Autor, ofendido pela notícia inverídica, como determina a regra do art. 942 do Código Civil de 2002¹¹⁵.

Gomes Júnior também cita a existência dessa corrente, defendida pela argentina Gonzáles, que aceita a aplicação da teoria do risco para os órgãos de

¹¹⁴ BRASIL, Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça. SEXTA CÂMARA CÍVEL. Apelantes: Rômulo Pegas Pinto Meirelles e Rádio Difusora Vale do Paraíba Ltda. Apelados: os mesmos. Relatora Desembargadora Tereza de Andrade Castro Neves. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 01/06/2011, p 9.

¹¹⁵ Id. Ibidem, p. 9-10.

imprensa sob o argumento de que se utiliza uma vasta gama de recursos humanos e materiais para o exercício da atividade de imprensa o que, por óbvio, acarreta em erros diversos, que causam danos à honra e à dignidade das pessoas, daí justificar a responsabilidade objetiva¹¹⁶.

Essa concepção de que o dano era condição para o ilícito que gerava uma obrigação de indenizar não permitia que se vissem outras formas de sanção civil pelo ilícito. Na acepção de Martins-Costa, a idéia de que muitas vezes é preferível prevenir ou eliminar o ilícito ao invés de simplesmente reparar o dano causado por ele permitiu a reconstrução do conceito de ilicitude civil que ensejou uma tutela processual contra os atos contrários ao direito e não mais, necessariamente, aos atos danosos¹¹⁷.

O citado art. 187 do Código Civil atribui aos princípios jurídicos uma maior densidade normativa, mesmo que de maneira mediata, superando a visão formalista de antes, que atribuía a esses “um caráter meramente interpretativo e supletivo das normas legais, limitando sua incidência às hipóteses de lacuna”¹¹⁸.

Ao intérprete cabe, na aplicação de uma norma que contém um princípio, ter em conta o seu ‘peso’, podendo um mesmo princípio ora ser aplicado, ora não, ao caso concreto, o que não o levaria a perder, contudo, a sua validade no sistema jurídico. Tal validade se verifica mesmo nos princípios não expressos, os que não estão “explicitamente consignados em uma certa formulação, constitucional ou legislativa”,¹¹⁹ mas que nem por isso deixam de ter seu campo de atuação e aplicação. Citam-se como exemplos desses princípios o da prevalência do interesse público sobre o particular, o da vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional.

Para Caldas, o regramento limitador do direito de informação é o próprio art. 220, §1º da CF que, embora vede qualquer forma de restrição à liberdade de manifestação do pensamento, expressão e informação, ao final dispõe que

¹¹⁶ GOMES JUNIOR, Ob. cit., 2002, s/p.

¹¹⁷ COSTA, Ob. cit., 2006, p. 17.

¹¹⁸ CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**: Reio de janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p.384.

¹¹⁹ COSTA, Ob. cit., 2000, p. 320.

“observado o disposto nesta Constituição, ou seja, uma remissiva ao artigo 5º da CF, incisos, que contêm as garantias e direitos individuais; à inviolabilidade dos direitos de personalidade, cujo norte é o princípio da dignidade humana¹²⁰. Os direitos da personalidade representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, funcionando como ‘verdadeiro contrapesos’, conforme lembrado por Celso Mello.¹²¹

Nenhum controle prévio do que vai ser objeto de notícia pode ser feito, sob pena de se configurar censura à imprensa, vedada pela Constituição Federal, no art. 220, §2º, seja política, religiosa ou artística. Porque a crítica jornalística está diretamente relacionada ao interesse público é que se veda a censura. Entretanto, admite-se a atuação judicial *post factum* para reparar o dano moral ou material contra a pessoa.

E ainda, quando houver uma indenizatória, esta não pode ser excessiva a ponto de inibir a liberdade de imprensa, violando o princípio constitucional da proporcionalidade. Relevante é a colocação de Ayres Britto, sobre essa questão, na decisão da ADPF 130 ao mencionar que a reparação financeira, quando houver, não poderá ser exacerbada para não configurar como freio inibitório da liberdade de imprensa ou, ainda, levar à falência os pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que não se pode conceber num regime de plena liberdade de informação jornalística¹²².

A liberdade de imprensa na manifestação do pensamento e de informação é maior que a dos indivíduos em si mesmos considerados. Não cabe ao Estado o poder de definir o que qualquer indivíduo ou jornalista vai informar. “À imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário”.¹²³ Entretanto, fica assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, de indenização, a proteção do sigilo da fonte (quando necessário ao exercício profissional) e a responsabilidade penal, nos termos da Constituição Federal e do Código Penal brasileiro.

¹²⁰ Idem, Ob. cit., 2000, p. 106.

¹²¹ BRASIL, ADPF 130/2009, p. 175.

¹²² BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 48.

¹²³ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 56.

Na hipótese de colisão entre o direito à informação e comunicação atribuído à imprensa e aqueles inerentes à vida, como os direitos à privacidade, à honra, à imagem e à intimidade, a doutrina propõe o exercício ao direito de resposta proporcional ao agravo, se verificados os seguintes requisitos: a ofensa, o equívoco ou a injúria¹²⁴. O próximo capítulo tratará em detalhes desse conflito.

¹²⁴ GERMANO, Ob. cit., 2011, p.57.

2 O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

2.1 COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

O regramento limitador do direito de informação, na interpretação de Caldas, é o próprio art. 220, §1º da Constituição Federal, que, embora vede qualquer forma de restrição à liberdade de manifestação do pensamento, expressão e informação, ao final dispõe que “observado o disposto nesta Constituição”, ou seja, uma remissiva ao artigo 5º da CF, incisos, que contêm as garantias e direitos individuais relativos à inviolabilidade dos direitos de personalidade¹²⁵.

Segundo Germano, pode-se falar em Estado democrático de direito quando se identificam a previsão e a proteção de todos os direitos fundamentais, num sistema composto por valores, princípios e regras. É um sistema jurídico aliado a políticas capazes de consagrá-lo e caracterizá-lo como democrático¹²⁶.

O principal fundamento do Estado constitucional brasileiro é a dignidade da pessoa humana. É a partir desse princípio que se irradiam todos os direitos fundamentais e que devem merecer a proteção máxima.

O sistema jurídico é compreendido como um sistema de regras e de princípios, ora se revelando sob a forma de regras, ora sob a forma de princípios. Nesses termos, os princípios são enunciados genéricos, previstos na Constituição Federal ou em leis infraconstitucionais; espécies de regras de caráter abstrato. Já, as regras são “elementos efetivos de concretização, sendo que sua vigência aplica-se aos casos concretos”.¹²⁷

¹²⁵ CALDAS, Ob. cit. 1997, p.66.

¹²⁶ GERMANO, Ob. cit., 2011, p.30.

¹²⁷ Idem, Ob. cit., 2011, p. 30

Observa-se, pois, que o direito à livre manifestação do pensamento está limitado, conforme o contido na regra do art. 220, §1º da Constituição Federal, à inviolabilidade dos direitos de personalidade, elencados nos incisos do art. 5º da Carta Magna. Na verdade, a tutela da personalidade compõe o ordenamento jurídico desde o Brasil Colônia. A esse respeito, Elimar Szaniawski traz que “a tutela da personalidade no direito brasileiro tem sua gênese na *actio iniurarium* prevista nas Ordenações Filipinas, uma cláusula geral de proteção da personalidade que vigeu de 1532 às vésperas do Código Civil de 1916”. Nessa época, embora tivéssemos a previsão de uma ação na defesa da personalidade, executada pelas correições, o que prevalecia mesmo era a lei do mais forte: da nobreza, do clero, dos senhores do engenho, pessoas que exerciam poderes absolutos na sociedade da época e que gozavam de privilégios.

Contudo, o Código Civil de 1916 influenciado por uma doutrina civilista alemã, que não admitia a existência da categoria dos direitos à personalidade, omitiu-os, dando ênfase aos interesses patrimoniais das classes dominantes. Em 1940 o Código Penal passou a tutelar a personalidade ao tipificar os delitos de injúria, calúnia e difamação. Esses códigos tiveram esse aspecto superado pela Constituição Federal de 1988, que embora não contenha uma cláusula geral expressa destinada a tutelar a personalidade humana, incluiu o direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo e ao direito de resposta, entre outros, como direitos especiais de personalidade, protegendo a dignidade humana¹²⁸.

Em suma, o direito pátrio tutela o direito geral de personalidade por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio diretor do qual emanam vários outros direitos fundamentais, vinculando o poder público e os particulares, sejam pessoas naturais ou jurídicas.

Nessa perspectiva, quando violados os direitos de personalidade, garantia constitucional, um comando normativo, assegura-se o direito de resposta proporcional ao agravo que deve estar em sintonia com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, caracterizando-se como um legítimo direito

¹²⁸ SZANIAWSKI, Ob. cit., 2005, p.134-136.

fundamental de defesa¹²⁹. Dessa forma, havendo ofensa aos direitos especiais de personalidade, na tutela à dignidade humana, busca-se mediante o direito de resposta proporcional ao agravo reparar-se, pelo menos em parte, o dano causado, já que apagá-lo por completo não há como.

As regras são normas predominantemente descritivas. Ocorrendo um fato descrito numa regra, ela deverá incidir, produzindo-se o efeito esperado como, por exemplo, acontece com a aposentadoria compulsória que atinge o servidor público aos 70 anos. Caso não seja verificada a incidência da norma, ela estará sendo violada. Uma regra só não será aplicada se outra a excepcionar ou se for inválida.¹³⁰ Exemplo de uma regra inválida é a regra de um edital que impede a inscrição de maiores de 45 anos num concurso público, por violar a norma constitucional que assegura a isonomia.

Sendo a regra que prevê o direito de resposta proporcional ao agravo de eficácia imediata, quando verificada uma ofensa aos direitos personalíssimos do atingido pela informação veiculada, deve ser de imediata aplicação já que prevista no art. 5º, inciso V da Carta Magna. Assim entendeu a regra o ministro Celso de Mello:

Regra impregnada de suficiente densidade normativa, *revestida*, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, *a tornar desnecessária*, para efeito de sua pronta incidência, a “*interpositio legislatoris*”, o que dispensa, por isso mesmo, *ainda que não se lhe vede*, a intervenção concretizadora do legislador comum¹³¹.

Já, os princípios “indicam uma direção, um valor, um fim”.¹³² Para Barroso, estes comportam um maior grau de ingerência do intérprete na atribuição de seus alcances e significados. Acontece que, por vezes, a CF abriga princípios que se contrapõem como a liberdade de expressão que se conflita com o direito de privacidade. E, ao contrário das regras, não se pode aplicá-los na modalidade “tudo ou nada”, mas sopesando e analisando cada situação específica.

¹²⁹ GERMANO, Ob. cit., 2011, p. 37.

¹³⁰ Isso acontece no Direito Civil. Ao contrário do que o ocorre no Direito Penal em que a exceção será a não aplicação de uma regra antes de seus período de vigência.

¹³¹ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 185-186, (grifo nosso).

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva 2009, p. 207.

Na aplicação de uma regra se observa maior segurança jurídica, por não se verificar nela a subjetividade dos princípios, que na visão de Barroso, embora “funcionem como um referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos (...)” “seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete” ¹³³. Enquanto as regras se referem a um fato tipificado e nelas haverá uma perfeita subsunção do fato concreto à descrição contida na norma escrita, os princípios se reportam a valores, cujo conteúdo é bem mais amplo, pois eles existem de forma implícita no sistema jurídico.

Bonavides assevera que os princípios são normas e as normas (gênero) compreendem igualmente os princípios e as regras (espécies), dizendo que, para Dworkin, os princípios “são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”. ¹³⁴

Para que se tenha um sistema jurídico eficiente deve haver um equilíbrio entre as regras e os princípios. Portanto, o direito de resposta proporcional ao agravo é uma norma constitucional harmonizadora dos princípios constitucionais, com o fim de se alcançar a plena eficácia no âmbito do sistema jurídico. Todavia, a centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, o desenvolvimento de uma nova hermenêutica e a normatividade dos princípios têm tornado os debates jurídicos bastante instigantes.

As colisões normativas podem surgir e exigir do sistema jurídico uma solução ponderada e equilibrada. Quando se constata o conflito entre regras, tem-se uma antinomia normativa, cuja solução apontada pela doutrina pátria é a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou a exclusão de uma das regras tendo por base um dos seguintes critérios: 1º) que a lei superior derroga a inferior (critério hierárquico); 2º) que a lei posterior derroga a anterior (critério cronológico); 3º) que a lei especial derroga a geral (critério da especialidade). Ou seja, sempre se verifica o afastamento de uma das regras ¹³⁵.

¹³³ Idem, Ob. cit., 2009, p. 208-209.

¹³⁴ DWORKIN, apud, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 2010 p.142.

¹³⁵ BARROSO, Ob. cit., 2009, p.207-208.

Contudo, Braga reforça dizendo que quando o conflito é entre princípios¹³⁶, não se verifica uma hierarquia jurídica entre eles para se resolver conflitos a partir de nenhum dos critérios apontados, já que nenhum princípio é superior a outro, nem posterior ou anterior e ainda não se pode utilizar do critério da especialidade para definir qual princípio deva preponderar sobre o outro. O único critério de ponderação admitido entre os princípios é o da razoabilidade e da proporcionalidade, mediante a ponderação de bens ou interesses, conforme mais adiante se verá. Entretanto, não há antinomia entre regras e princípios constitucionais por não existir hierarquia entre eles.

A proporcionalidade cuida de estabelecer os limites mínimos para a violação de um direito, cujo núcleo deve ser garantido; já, a razoabilidade impede que se ultrapassem esses limites minimamente permitidos. Deve, pois, “haver uma relação de equilíbrio entre a intensidade da restrição ao direito fundamental e a argumentação utilizada para legitimá-la”¹³⁷.

Os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, embora se expressem sob a forma de regras, mantêm a essência de princípios-garantia. Edmilsom Farias já defendia, mesmo num período ditatorial, que o princípio que norteia todos os demais, “princípio-mãe” é o da dignidade da pessoa humana¹³⁸.

E, por serem princípios, os direitos de personalidade e a liberdade de imprensa podem concorrer entre si, ocasião em que um deverá ceder espaço para o outro, conforme o caso suscitar, mas sem, jamais, haver a exclusão de um pelo outro, como acontece quando se tem um conflito de regras. Nesse caso, utiliza-se o critério da razoabilidade, faz-se um “juízo de ponderação” que, para Godoy, confere a determinação da prevalência de um ou de outro direito¹³⁹. Contudo, a restrição a

¹³⁶ “Ocorre à colisão entre princípios quando um deles é afetado diretamente pelo âmbito de proteção de outro igualmente tutelável; nas palavras de Vieira de Andrade, “sempre que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”. BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006, p.146-147.

¹³⁷ BRAGA, Ob. cit., 2006, p. 142.

¹³⁸ FARIAS, Ob. cit., 1966, p. 37.

¹³⁹ GODOY, Ob. cit., 2001, p.72. Ainda Cf. Ementa: agravo de instrumento. Matéria jornalística. Direito de resposta. Dever de informação. Direito à honra e imagem. Princípio da proporcionalidade. Para harmonizar os princípios constitucionais de liberdade de imprensa e do direito à privacidade e honra dos cidadãos, já que não existe formalmente antinomia entre preceitos constitucionais, utiliza-se o princípio da proporcionalidade. Caso concreto em que a matéria jornalística não transbordou o limite do tolerado, ou mesmo fugiu ao deboche ou a divulgação de

um direito fundamental somente é admitida para salvaguardar outro interesse ou valor igualmente protegido pela Constituição Federal, desde que essa relativização de direitos fundamentais se dê no limite mínimo.

Não existe gradação hierárquica entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. No caso de colisão entre eles ocorre um conflito entre iguais direitos fundamentais, pois a Constituição Federal forma um complexo de normas coerentes e de igual hierarquia. Cabe ao intérprete conciliar as proposições aparentemente antagônicas, de modo que uma não anule a outra, pois, conforme a doutrina pátria, na visão de Caldas:

As normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade, impondo o princípio da unidade da constituição aos seus aplicadores a obrigação de lerem e compreenderem as suas regras, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça¹⁴⁰.

A ministra Carmem Lúcia, na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, considerou que o fundamento da Constituição Federal é o da democracia e que não existe qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, para a ministra, o princípio da dignidade da pessoa humana adquire ainda mais força quando a imprensa é livre de amarras e corrobora na formação da opinião pública.

Contudo, é preciso considerar que se houver colisão entre o direito à informação e comunicação, direito atribuído à imprensa frente a outros, inerentes à vida, como já dito, assegura-se o exercício do direito de resposta proporcional ao agravo, quando verificada a prática de uma conduta ofensiva, equivocada ou errônea.

A liberdade de imprensa seria intolerável se não existisse o direito de resposta. Defender o direito de resposta é defender a liberdade de expressão, pois existe uma relação de estreita conexão entre os dois direitos. O direito de resposta é

inverdades com ironia. Pedido de direito de resposta deferido na origem reformado. à unanimidade. Deram provimento ao recurso. (agravo de instrumento nº 70033324856, nona câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 10/03/2010).

¹⁴⁰ CALDAS, Ob. cit., 1997, p.89.

um estado de legítima defesa para o ofendido que age antes que o dano da ofensa lhe cause maiores males. É o revide imediato¹⁴¹.

No exercício do direito de resposta, “o princípio da razoabilidade equipara-se ao conceito de “homem médio”, assim como a proporcionalidade equivale ao entendimento de “legítima defesa”, sendo que ambos os institutos são estudados e aplicados no âmbito do Direito Penal¹⁴².

O próprio texto constitucional admite cabível o direito de resposta, proporcional ao agravo, num exercício legítimo da defesa da honra atingida ou da liberdade pessoal, da vida privada, a fim de amenizar as consequências das palavras proferidas ou imagens veiculadas de maneira irresponsável. Sendo este um direito fundamental, não há como negá-lo na defesa do interessado. Porém, se recusa houver para o seu exercício, o impasse deverá ser decidido em juízo.

A Constituição Federal privilegiou o regime democrático da liberdade de expressão, impedindo a prévia censura. Porém, isso não quer significar desmerecimento aos demais direitos fundamentais, que devem coexistir no atual sistema jurídico. Para assegurar os demais direitos é que a Carta Magna garante o direito de resposta, proporcional ao agravo sofrido.

A Constituição Federal é composta por valores, princípios e regras que vinculam todos os poderes do Estado e que prevalecem sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, pois que servem de parâmetro material e formal no momento da produção e aplicação. Machado afirma que: “a interpretação do direito à liberdade de expressão em sentido amplo deve ser realizada por referência ao conjunto de valores e princípios constitucionais fundamentais, devendo entender-se que o direito de comunicação é direito constitucional concretizado”.¹⁴³

A liberdade de comunicação é uma garantia constitucional pautada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ponto de apoio dos princípios fundamentais da democracia, da garantia dos direitos fundamentais. Este princípio é estendido a todos os ramos do Direito, sem limitações. Esse mesmo autor lembra que a liberdade de expressão não parte de um sentimento de egoísmo e

¹⁴¹ GOMES JUNIOR e CHUERI, Ob. cit., 1967, p. 24.

¹⁴² GERMANO, Ob. cit., 2011, p. 48.

¹⁴³ MACHADO, Ob. cit., 2002, p.357.

individualismo, mas é comunitária e contextual, busca um equilíbrio entre as prerrogativas do indivíduo e as necessidades da vida coletiva.¹⁴⁴

A dignidade da pessoa humana é apontada por Machado como fundamento, mas também como limite à liberdade de expressão. Enfim, os limites desse exercício se dão pelo respeito aos direitos de personalidade do indivíduo. O autor aprofunda sua reflexão ao comentar que fundamentar restrições aos direitos e liberdades na dignidade da pessoa humana é algo muito abstrato e genérico que vai de encontro ao que o ordenamento jurídico exige, o qual se pauta na certeza e segurança. Acrescenta ainda que o conceito de dignidade da pessoa humana “depende das circunstâncias concretas de tempo, lugar e contexto social, dotado de abertura suficiente para acomodar transformações significativas das representações éticas e morais vigentes”¹⁴⁵. Para ele, sem controle material e formal, a utilização dessa tese pautada na dignidade da pessoa humana, tão genérica e abstrata, pode resultar numa imposição coerciva e unilateral de uma concepção abstrata em torno do que sejam concepções do bem.

Outro princípio intimamente relacionado com a liberdade de expressão é o da igualdade, que deve ser interpretado como direito a igual liberdade e igual dignidade. Seu ponto de referência é a necessidade de garantir uma discussão aberta, sem discriminações e impedimentos a indivíduos com diferentes ideias e concepções. Utilizado para a delimitação do âmbito de proteção do direito, proibição de censura, atribuição de tempo de emissão de um direito de resposta, dentre outros.

Embora não exista a igualdade absoluta, a garantia do direito de uma igual liberdade de expressão se traduz em importantes consequências jurídicas¹⁴⁶, e porque todos os cidadãos são livres e dignos de igual consideração é que se protegem os direitos de personalidade, as manifestações da dignidade humana, que condicionam a liberdade de comunicação. Entretanto, a liberdade de expressão deve ser amplamente protegida, sem prejuízo de um direito de resposta e de uma indenização pelos danos decorrentes das violações claras e graves dos direitos de personalidade do cidadão.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 358.

¹⁴⁵ Idem, Ob. cit., 2002, p.361-362.

¹⁴⁶ Id. Ibidem, 2002, p. 366.

A doutrina e as jurisprudências pátrias não admitem a utilização de informações obtidas por meios ilícitos, considerando-as fora do âmbito de proteção ao direito de liberdade de expressão e de imprensa. Dessa maneira, não se tem conflito de direitos fundamentais quando a informação ou notícia foi obtida por meios ilegais, como a violação de domicílio, do sigilo de correspondência, de documentos confidenciais, mediante tortura, extorsões, subornos, pirataria informática, entre outros. Por configurarem ilícitos os meios utilizados para se obter a informação não se cogita da proporcionalidade, independentemente dos fins na sua causa.

Entretanto, Machado suscita uma questão controversa que ocorre quando se trata de jornalismo de investigação, que se verifica nos casos de “infiltração” de um jornalista em causas que venham a revelar um interesse público na divulgação de práticas antissociais, discriminatórias, perigosas, ilícitas, com captação dissimulada de imagens e sons, sendo esse o único meio adequado e necessário para obter a informação pretendida. “Neste caso deve valer a proteção constitucional da liberdade de expressão em sentido amplo, sendo materialmente indiferente saber se se trata aqui, do ponto de vista penal, do exercício de direito ou de estado de necessidade” ¹⁴⁷. Na medida em que sejam discutíveis questões éticas, na salvaguarda do interesse público e na garantia ao direito à informação, nalguns casos, os recursos referidos podem configurar o único meio de obtenção da informação e proteção do interesse público.

2.2 A BUSCA DA SOLUÇÃO “AJUSTADA” AO CASO. CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO NA HIPÓTESE DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se verificarem conflitos entre os direitos fundamentais, a busca de solução não se dará de forma aleatória, visto que há critérios para fundamentá-la. Barroso, defendendo a ideia de que “a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais” ¹⁴⁸ impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e

¹⁴⁷ Id. Ibidem, 2002, p. 577.

¹⁴⁸ BARROSO, Op. cit., 2009, p.302-304.

contradições entre normas jurídicas. Para o autor, o maior problema se dá em relação às tensões devido aos valores e interesses contrapostos, como o que ocorre com o direito de expressão e os direitos individuais à intimidade, à imagem, à privacidade, à honra. Nesse caso, aponta como solução a “concordância prática” entre os bens juridicamente tutelados, preservando-se o máximo possível de cada um. Ou os direitos de uns devem ser compatíveis aos direitos de outros, ou deve-se fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas sobre os direitos diversos, restringindo-se um direito fundamental quando tal se torne indispensável e no mínimo necessário.

Argumenta esse autor que a razoabilidade-proporcionalidade tem fundamento nas ideias de devido processo legal e de justiça, como instrumento de proteção aos direitos individuais, pois permite ao juiz graduar o “peso da norma, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto”.¹⁴⁹

Como os direitos fundamentais não são absolutos, havendo limitações para o seu exercício, e, por serem geralmente estruturados como princípios, devem seguir o critério da ponderação na sua aplicação.

Não significa dizer, em absoluto, que os princípios admitem interpretações e projeções de forma livre. Embora permitam certo grau de discricionariedade, esta deve ser ponderada consoante o seu “peso” e as “circunstâncias do caso”. O “processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (*concretização legislativa*) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (*concretização judicial*), a problemas concretos”¹⁵⁰.

Conforme Canotilho, o princípio da unidade da Constituição do qual decorre que todas as normas contidas numa Constituição Federal têm igual dignidade é um importante elemento de interpretação¹⁵¹. O que confere igualdade hierárquica a todas as regras e os princípios constitucionais, quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.

¹⁴⁹ Idem, Op. cit., 2009, p.303.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1941, p.183.

¹⁵¹ Id. Ibidem, p. 183.

Nesse sentido, havendo colisão entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação, Barroso comenta que nos artigos 5º, IV, IX, XIV e 220 da CF, com os direitos da personalidade à privacidade, à honra e à imagem, no art. 5º, inciso X, não se é possível apresentar uma resposta correta para os problemas jurídicos que possam surgir, mas apenas soluções com argumentos racionais e plausíveis¹⁵². Será legítima a decisão que apresentar argumentos de convencimento, de demonstração lógica de que ela está de acordo com a vontade constitucional, no caso concreto, utilizando o critério da ponderação e argumentação. Fazem-se necessárias concessões recíprocas e escolhas que levarão à produção de decisões diferentes, mesmo entre pessoas esclarecidas e de boa-fé, justamente por envolverem conflitos entre direitos fundamentais.

Assim, a prevalência de um dos direitos fundamentais envolvidos não afasta de forma definitiva e *a priori* o outro. Não existe predeterminação hierárquica sobre qual direito deva ser relativizado, sendo que a situação concreta é que vai levar à escolha de um ou de outro. E, ainda, um princípio só poderá ser restringido na medida do indispensável para a aplicação do outro princípio¹⁵³.

Esse mesmo autor apresenta critérios que devem ser observados a fim de se proceder à ponderação de conflitos entre esses direitos fundamentais, a saber:¹⁵⁴

- A veracidade do fato, pois em não se verificando a boa fé dos veículos de informação, restará o dever de indenizar pelos danos materiais, morais ou à imagem, nos termos do inciso V do art. 5º da CF. Verdade subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade, no entanto;
- A licitude do meio empregado na obtenção da informação: o conhecimento da notícia transmitida tem que se dar por meios admitidos pelo direito; se ilícitos os meios, como, por exemplo, por meio de uma interceptação telefônica clandestina, invasão de domicílio ou violação de segredo de justiça, a divulgação não será

¹⁵² BARROSO, Op. cit., 2009, p.346.

¹⁵³ BRAGA, Op. cit., 2006, p. 137-138.

¹⁵⁴ Idem, Op. cit., 2006, p.349

legítima. Todavia considera-se uma excludente da ilicitude, a informação, quando obtida em arquivos públicos¹⁵⁵;

- Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia. Para o autor, os políticos, artistas e atletas possuem um grau de direito à privacidade e à intimidade menor do que as pessoas comuns, porém, com o direito constitucional à resposta, proporcional ao agravo;
- Local do fato: sendo observada maior proteção aos fatos ocorridos em locais particulares, como no domicílio de uma casa, do que em lugares públicos, como no saguão de um hotel, num restaurante ou numa praia, por exemplo;
- Natureza do fato: acontecimentos naturais, acidentes e crimes, por serem de evidente interesse jornalístico, podem ser noticiados, mesmo que exponham a imagem das pessoas neles envolvidos;
- A existência de interesse público na divulgação da tese: se o interesse é público, a regra é a divulgação; cabendo ao que se sentir ultrajado demonstrar o interesse privado acima do público, porém sem desobrigar os responsáveis das devidas cautelas, sob pena de responsabilidade civil e (ou) criminal, não se pode violar a vida privada de outrem em nome da divulgação de matéria desprovida de interesse público.

Ainda, existe um interesse público na divulgação de fatos relacionados à atuação de órgãos públicos: para que o povo possa controlar a ação dos agentes públicos, salvo se o sigilo for indispensável para a segurança da coletividade e do Estado.

Machado ressalta que os cidadãos e os jornalistas devem ter o direito de discutir questões de interesse público, sem receio de serem responsabilizados judicialmente. Para ele, a crítica pública deve ser um direito e não um risco; direito que tem como limite a própria consciência de que o fato revelado ou o juízo de valor

¹⁵⁵ O autor supracitado explica o arquivo público como sendo o local público ou privado onde se encontram as informações de interesse público, podendo ser obtida a informação através do habeas data. GERMANO, Op. cit., 2011, p.60.

emitido seja verdadeiro; o direito de que sobre ele não recaiam fortes indícios de que não seja verdadeiro¹⁵⁶. Ao se tratar de um juízo de valor, sempre subjetivo, já que se trata de uma opinião, o fato que lhe tenha dado origem deve ser verdadeiro, ou não receberá a proteção constitucional.

Em julgado do Tribunal de Justiça do Paraná envolvendo Albanor José Ferreira Gomes, prefeito municipal de Araucária, em face da Editora Karina Ltda e outro, na ação em que pleiteava danos morais por publicação jornalística publicada entre os dias 17 e 23 de julho de 2009, contendo na capa do semanário 'Impacto do Paraná' o nome do prefeito; alega este que a revista extrapolou os limites da crítica e da informação e requereu tutela antecipada para abstenção da publicação de referências ofensivas vinculadas ao seu nome, ao final indeferida "por ausência de relevante fundamentação, apta a ensejar a concessão da tutela liminar"¹⁵⁷. Segundo o TJ, o deixar de citar o nome do prefeito:

(...) evidencia a existência de censura, com evidente prejuízo ao interesse público e à sociedade, além de macular a atividade da imprensa e a garantia constitucional (...) o que, evidentemente, acaba por mitigar o dever de informar à sociedade araucariense sobre os atos praticados ou levados à execução pelo alcaide (...)¹⁵⁸.

Assim, mediante a garantia ao exercício do direito de resposta para o cidadão buscar a reparação pela ofensa, foi aceita a tese de defesa da revista que fundamentou suas alegações nos direitos constitucionais de liberdade de expressão e manifestação, consagrados no artigo 5º, IV, IX e XIV, c/c artigo 220, §§1º e 2º da CF, os quais impedem qualquer tipo de limitação. A decisão foi favorável à revista e ao jornalista, por entender o TJ que:

O dever de informar, polidamente e em alto nível, e o comprometimento com a verdade, certamente são limites que devem ser ponderados pela opinião pública, em respeito ao Estado e à própria coletividade, de modo que a imprensa tenha o dever não só de informar, mas de formar a sociedade. Assim sendo, por outro modo, tem o cidadão o exercício do direito de resposta, de buscar no Judiciário a devida reparação pela ofensa alegada. Por se tratar de notícia veiculada em junho/2009 e o pedido de antecipação de tutela ter sido formulado em ação de indenização por danos morais, é evidente que o despacho agravado impôs excessivo ônus, pois, prima facie, os documentos acostados não revelam se tratar de matéria inverídica e com cunho ofensivo. Registre-se, também, a presença do interesse público na divulgação da matéria jornalística, para conhecimento

¹⁵⁶ MACHADO, Op. cit., 2002, p. 806-807.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Autos n.1.343/2009. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acesso em: 25.05.2011.

¹⁵⁸ Id. Ibidem.

dos leitores do jornal e ciência à comunidade local, dos atos praticados pelo Prefeito. Portanto, a r. decisão agravada, como lançada, impondo de forma genérica limites à divulgação ofensiva e/ou pejorativa, está a praticar censura prévia, o que é vedado pela Constituição Federal (...) ainda que sensacionalista, o teor da reportagem, (...) "IMPERADOR DE ARAUCARIA", Zeze "Mega Cred" Gomes, ... Zeze Buracão...", não pode e nem deve servir de escopo para a magnitude da censura imposta, pois o exercício do direito de crítica se destina à simples informação de cunho jornalístico sobre um homem, cujo diferencial, dentre os demais, está no fato de ser um político e estar no exercício pleno do governo municipal e, portanto, ser figura que se distingue do homem médio (...); considerando que todo agente público, como o ora Agravado, está sob a vigília constante da cidadania; - considerando que a liberdade de pensamento e de crítica, convive naturalmente no Estado Democrático de Direito e; - considerando o pluralismo de idéias como a virtude democrática, almejada pela sociedade e contida em nossa Carta Magna como uma garantia fundamental, concedo o efeito infringente aos embargos de declaração manejados pelo Agravante, ao efeito de suspender os efeitos da decisão agravada (fls. 34/35-TJ) até o final do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 644.641-1. III. Solicitem-se informações ao Juízo a quo acerca da manutenção da decisão agravada, bem como quanto ao cumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil. IV. Intimem-se o Agravado para que, querendo, apresente resposta, no prazo legal. V. Após, voltem conclusos. Intimem-se. Curitiba, 27 de janeiro de 2010. ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN Desembargadora Relatora¹⁵⁹.

A decisão ora transcrita evidencia que sendo público o interesse, envolvendo agente público, a liberdade de crítica é maior, visto que esse fato o diferencia do cidadão comum (homem médio) e o coloca em evidência por ser o prefeito municipal, estando sob permanente vigília dos cidadãos.

Os tribunais brasileiros por muito tempo não reconheceram o ressarcimento do dano moral quando violados os direitos de personalidade, daí a tutela se dava apenas na esfera criminal. Agora, entretanto, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, envolvendo os juízos de adequação e a necessidade da transmissão do fato noticiado para verificar se da colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de comunicação e o direito à honra cabem danos morais. Não pode haver abusos e nem a intenção deliberada de atingir a honra de quem é notícia.

À imprensa é permitida a divulgação de fatos e acontecimentos pautada na verdade, tendo o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a ponderação entre os bens protegidos e envolvidos num fato noticiado¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Id. Ibidem.

¹⁶⁰ Rel. Waldir Leôncio Junior. Jul. 29/11/2004. SEGUNDA TURMA. Distrito Federal Disponível em: [www.http.jusbrasil.com.br/](http://jusbrasil.com.br/). Acesso em: 26.02.2011. Diz ainda que: "Indenização por danos morais e à imagem. Liberdade de comunicação. Limites do *jus narrandi* excedidos. Aplicação

A preponderância do interesse público é defendida sobre o interesse particular na divulgação de uma notícia. Este é útil para uma só pessoa ou para pessoas determinadas; aquele alcança um número indeterminado de pessoas. No particular, é possível apontar os interessados; no público, ao contrário, qualquer pessoa poderá ser alcançada. Entretanto, não há interesse público que possa justificar a divulgação de dados de processo que correm sob segredo de justiça. Apesar da liberdade conferida à imprensa de notificar fatos de interesse da sociedade, existe essa limitação, “sob pena de tornar letra morta as exceções legalmente previstas e canceladas pela Constituição Federal”,¹⁶¹ resultante em dever de indenizar pelo ato ilícito.

Informações verídicas que têm por objetivo noticiar um fato, com *animus narrandi*, e de interesse público, não configuram abuso de direito, mas um agir em conformidade com o direito de imprensa¹⁶². O exercício da liberdade de imprensa deve ser mediado pelo princípio da proporcionalidade, diante do bom senso e da

do princípio da proporcionalidade. 1. Reportagens jornalísticas que utilizam expressões depreciativas e emitem juízos de valor, admitindo como incontroversos fatos criminosos imputados ao recorrente, extrapolam os limites aceitáveis ao exercício do direito à liberdade de comunicação. 2. Colisão entre direitos fundamentais resolve-se mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual envolve juízos de adequação e necessidade e, sobretudo, de ponderação sobre os bens protegidos. 3. Face à colisão do direito à liberdade de comunicação com o direito à honra e à imagem, diante dos elementos apresentados, deve prevalecer, in casu, o segundo. 4. A fixação de quantum indenizatório por danos morais caberá ao prudente arbítrio do juiz, que deverá considerar sua dupla finalidade: evitar que o ofensor volte a praticar o ilícito e atenuar a dor do ofendido. Deve-se, ainda, considerar a capacidade econômica do ofensor. 5. Recurso conhecido e provido”.

¹⁶¹ “A conduta da ré, ao divulgar fatos objeto de ação judicial que corre em segredo de justiça foi manifestamente ilícita. Não há excludente de ilicitude do art. 27, inciso V da Lei de Imprensa, que permite a ‘divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores’”. TJSP, ApCív. 498.727-4/0-00, j. 27.03.2008, rel. Des. Francisco Loureiro, apud GOMES JUNIOR, CHUERI, Op. cit., 1967, p. 151.

¹⁶² “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C PEDIDO DE DIREITO DE RESPOSTA - NOTÍCIA JORNALÍSTICA - IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE DELITO - VERACIDADE E INTERESSE PÚBLICO DOS FATOS DIVULGADOS - INTUITO DIFAMATÓRIO OU PEJORATIVO INEXISTENTE - ANIMUS NARRANDI - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - SENTENÇA REFORMADA - EXTENSÃO DOS EFEITOS À REQUERIDA QUE NÃO RECORREU - ART. 509 DO CPC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO ART. 20, § 4º DO CPC. 1. O exercício da liberdade de imprensa deve ser mediado pelo princípio da proporcionalidade, considerando sempre as circunstâncias do caso concreto. 2. A veiculação da reportagem é legítima, em razão de sua veracidade, da presença de animus narrandi e do evidente interesse social da matéria, não comportando a indenização por dano moral porque desprovida de potencial lesivo. 3. Por força do efeito expansivo previsto no artigo 509 do CPC, a sentença reformada alcança a Requerida Litisconsorte, ainda que esta não tenha interposto recurso. 4. Os honorários advocatícios são fixados com base no princípio da causalidade, de acordo com o art. 20, § 4º do CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. TJPR - 9ª C.Cível - AC 0567478-4 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Desª Rosana Amara Girardi Fachin - Unânime - J. 06.08.2009.

avaliação criteriosa do caso concreto. É legítima a veiculação de reportagem pautada na veracidade dos fatos, que se verifique o *animus narrandi* e o evidente interesse social da matéria. Sem potencial lesivo não cabe indenização por dano moral.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou queixa-crime oferecida por desembargador federal do TRF da 1ª região contra subprocurador-geral da República por publicação no site da Procuradoria Geral da República de resumo das acusações constantes em denúncia oferecida contra o desembargador. Dentre elas, havia a notícia de que ele teria envolvimento com quadrilha que vendia liminares e sentenças para a liberação do Fundo de Participação dos Municípios a prefeituras mineiras com débitos com o INSS e do recebimento de valores, ainda como juiz federal, para proferir decisões favoráveis à liberação de mercadorias apreendidas pela Receita Federal. A Ministra Laurita Vaz se manifestou dizendo que:

Não se trata de convalidar achincalhamento, de forma irresponsável e prematura, da imagem de quem quer que seja. Todavia, dentro de um Estado Democrático de Direito, havendo elementos indiciários, conforme noticiado nos autos, de possível envolvimento de autoridades públicas em graves ilícitos, não constitui ato ilegal, tampouco ilegítimo, a divulgação, dentro das balizas da proporcionalidade e razoabilidade, dos fatos supostamente criminosos em apuração em processo criminal¹⁶³.

Com isso, por ser pública a pessoa é de interesse público o fato noticiado. Informando apenas os dados da denúncia, não há que se falar de excesso aos limites na liberdade de informar. Devem-se priorizar as sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Ao atingir a honra e a imagem cabe a retificação, a retratação ou o direito de resposta; ou ainda, a indenização por dano à imagem, moral ou material, embora o mal, nessa situação, seja irreparável.

Inclusive, se a reputação de alguém acabar sendo maculada num contexto em que se verifica forte interesse público, a liberdade de expressão configurará um exercício regular de direito e não resultará nem responsabilização criminal, nem civil pelo fato revelado, segundo Bornholdt; e, conforme assevera esse autor, “consoante o direito envolvido poderá variar a significação e intensidade do interesse público.”

¹⁶³ Disponível em: <http://www.twitter.com/editoramagister>. Acesso em: 13/05/2011.

¹⁶⁴ O que não se pode é impedir que um fato de interesse da coletividade seja noticiado.

Pode-se requerer a cautela liminar judicial para prevenir ato de imprensa atentatório à dignidade humana de alguém a fim de impedir que seja editada, ou para que cesse, caso esteja sendo editada matéria que viole a honra, a intimidade, a imagem ou a vida privada; bastando, para tanto, a ameaça ao direito e não efetivamente a consumação da lesão, nos dizeres de Donnini e Donnini ¹⁶⁵.

É conferida a liberdade de imprensa para o informar, o buscar a informação, o opinar e o criticar. A crítica jornalística é oponível àqueles que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social sobrepõe-se ao particular. Em não se verificando o *animus injuriandi vel diffamandi*, a crítica dirigida às pessoas públicas, por mais dura que seja, em especial às autoridades e aos agentes de Estado, não contém as limitações externas que normalmente resultam dos direitos da personalidade, não configuram abuso da liberdade de imprensa ¹⁶⁶. Entretanto, deve-se lembrar que o homem público também possui uma esfera de privacidade que não pode ser violada.

Entende-se por legítima a crítica e a divulgação de atos do Poder Executivo, pelas razões expostas; sem, contudo, permitir ofensas pessoais pela prática da injúria, da difamação ou da calúnia. Cabe dano moral apenas quando os fatos e acontecimentos noticiados, inverídicos, forem capazes de abalar o equilíbrio psicológico do sujeito. Evidenciando-se a intenção de ofender, verifica-se o abuso e o dever de indenizar. A boa-fé é o limite para o exercício da divulgação de um fato ou notícia. A manifestação de um pensamento e o direito de crítica são exercícios legítimos. Espera-se que a atuação da imprensa seja pautada na lealdade, o que, aliás, deve-se verificar em qualquer situação. Ainda Karl Larenz diz que: "(...) a intervenção em um bem jurídico e a limitação da liberdade não podem ir além do que

¹⁶⁴ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de Expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville: SC:Bildung, 2010, p.340.

¹⁶⁵ DONNINI, DONNINI, Ob. cit., 2002, p.106.

¹⁶⁶ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980, p. 210.

seja necessário para a proteção de outro bem ou de um interesse de maior peso, e que entre os vários meios possíveis seja eleito o mais moderado”¹⁶⁷.

Em recente decisão, a 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve condenação à Rádio Difusora 26 de Abril, de Imaruí, a indenizar um professor, em dez salários mínimos, por danos morais. O âncora de um programa transmitido pela rádio teria lido mensagem enviada por um ouvinte sobre a conduta do professor/diretor de escola, dizendo que “(...) o Amilton era realmente um babaca brincando na direção do colégio”¹⁶⁸. Para o desembargador Jaime Luiz Vicari, constitui um dever da Rádio controlar o conteúdo do material transmitido; e as palavras ofensivas lidas pelo próprio radialista “não possuem caráter informativo, mas manifesta intenção de ofender e desonrar”¹⁶⁹. Houve uma conotação pejorativa à pessoa, sem qualquer intenção de informar algo de relevante interesse à sociedade local. Extrapolaram-se os limites à informação.

2.3 REFLEXOS DE DIREITO CIVIL E DIREITO PENAL RESULTANTES DA REVOGAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA

Visando regulamentar a liberdade de imprensa e punir civil e penalmente os que mediante os meios de comunicação cometessem abuso na liberdade de expressão e informação, esteve vigente até 30 de abril de 2009, a Lei n.º 5.250, de 09.02.1967- Lei de Imprensa, editada durante o Regime Militar. Referido Estatuto foi julgado não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n.º 130, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista. O STF declarou como não recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa; principalmente com o contido no artigo 220, § 1º, que dispõe: “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa

¹⁶⁷ “(...) a intervención en un bien jurídico y la limitación de la libertad no pueden ir más allá de lo que sea necesario para la protección de otro bien o de un interés de mayor peso, que entre los varios medios posibles hay que elegir ‘el más moderado’”. LARENZ, Karl apud BRAGA, Ob. cit., 2006, p. 156.

¹⁶⁸ Cf. Material de trabalho. Disponível em: <http://www.twitter.com/editoramagister>. Acesso em: 20/04/2011, às 14:35h.

¹⁶⁹ Id. Ibidem.

constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

A revogada lei continha procedimento próprio. Gomes Júnior e Chueri consideram que houve um vácuo legislativo com a revogação da referida lei e que inúmeros prejuízos resultaram para a defesa da honra e da liberdade de expressão, pois que, agora, cada juiz irá seguir um procedimento, sendo que anteriormente a forma e as formalidades contidas na extinta lei transmitiam segurança jurídica ¹⁷⁰.

Comunga da mesma opinião Assunção, que em reportagem publicada no Jornal “O Popular”, em 02/05/2009 também disse entender que o fim da Lei de Imprensa deixou um vácuo no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Judiciário não terá mais “os critérios de uma lei guia” sobre o direito de resposta e danos morais devidos às pessoas atingidas pelas matérias publicadas ¹⁷¹.

Capez comentando a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, declarada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.130, elenca os artigos e institutos que desapareceram do ordenamento jurídico, a saber:

Cumpre, aqui, mencionar alguns dispositivos da Lei que não mais se aplicarão aos crimes contra a honra praticados por intermédio da imprensa: (a) Arts. 20, 21 e 22: previa os crimes de calúnia, difamação e injúria. (b) Art. 23: estabelecia causa de aumento de pena para os crimes de calúnia, difamação e injúria. (c) Art. 24: punia, nos termos dos arts. 20 a 22, a calúnia, difamação e injúria contra a memória dos mortos. (d) Art. 25: previa o pedido de explicações em juízo. (e) Art. 26: dispunha acerca da retratação ou retificação espontânea, expressa e cabal, feita antes de iniciado o procedimento judicial. (f) Arts. 29 a 36: estabelecia o direito de resposta. (g) Arts. 37 a 39: individualizava os responsáveis pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, sucessivamente. (h) Art. 40: tratava da ação penal nos crimes contra a honra. (i) Art. 41: mencionava que a prescrição da ação penal, nos crimes definidos nessa Lei, ocorreria 2 anos após a data da publicação ou transmissão incriminada, e a condenação, no dobro do prazo em que fosse fixada. (j) Art. 41, § 1º: estabelecia que o direito de queixa ou de representação prescreveria, se não fosse exercido dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão. (l) Arts. 42 a 48: regulava o procedimento penal nos crimes de imprensa ¹⁷².

A aplicação do Direito Penal aos crimes cometidos por meio da imprensa significa penas superiores àquelas da revogada lei de Imprensa, na qual a pena

¹⁷⁰ GOMES JUNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p.14-15.

¹⁷¹ Jornal “O Popular”, 02.05.2009, p. 08.

¹⁷² CAPEZ, Fernando. **Lei de Imprensa e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.130**. Disponível em: <http://www.twitter.com/fernandocapez>. Acesso em: 18/05/2011.

máxima era maior (de três anos de detenção) em relação ao Código Penal (de dois anos de detenção). Contudo, no Código Penal estão previstos aumento de pena em 1/3 por fato ocorrido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, difamação ou injúria. Ainda, há previsão de aplicação da pena em dobro se o crime foi cometido mediante paga ou promessa de recompensa. Também, altera o prazo decadencial para o oferecimento da Queixa ou representação, que na Lei de Imprensa era de 03 (três) meses a contar da data da transmissão ou publicação, no art. 41, para os 06 (seis) meses previstos no Código penal brasileiro (art. 103), a contar do dia em que a vítima toma conhecimento de quem é o autor do delito que atinge a sua honra objetiva ou subjetiva. A prescrição da pretensão punitiva que ocorria aos 02 (dois) anos da data da publicação ou transmissão incriminada (art. 41), e a prescrição da pretensão executória que ocorria no dobro do prazo no qual fosse fixado à pena, agora têm aplicadas as normas referentes à prescrição, contidas no Código Penal, art. 109, IV.¹⁷³

Atualmente, havendo recusa ou demora na publicação da resposta pelo órgão de imprensa poderá resultar no crime de desobediência, do art. 330 do Código Penal, salvo se cominada multa pelo descumprimento na decisão judicial, conforme entendimento jurisprudencial¹⁷⁴.

O procedimento penal passa a seguir as regras previstas no Código de Processo Penal e não há mais previsão de procedimento especial para os delitos praticados por meio de um órgão de imprensa (artigos 42 a 48), que trazia o direito de defesa prévia ao jornalista, no artigo 43.

Não existe mais o benefício da prisão especial para o jornalista e nem a proibição à prisão processual (art. 66)¹⁷⁵. Outra modificação prática é que o pedido

¹⁷³ “Art. 41. A prescrição da ação penal, nos crimes definidos nesta Lei, ocorrerá 2(dois) anos após a data da publicação ou transmissão incriminada, e a condenação, no dobro em que for fixada. §1º. O direito de queixa ou de representação prescreverá, se não for exercido dentro de 3 (três) meses da data da publicação ou transmissão. Houve uma improbidade técnica na redação deste artigo, pois o que se verifica é prazo decadencial e não prescricional. É a vítima que perde o direito de ação e não o Estado que perde o direito de punir”. Cf. Lei de Imprensa de 1967.

¹⁷⁴ GOMES JÚNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p.75-76.

¹⁷⁵ . “Art 66 *in verbis*: O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes da sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades. Parágrafo único. A pena de prisão de jornalistas será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário”. Lei de Imprensa, apud RODRIGUES, Ob. cit., 1967, p.15

de resposta, que era condicionado ao pedido administrativo na extinta lei, não depende mais de tal condição.

Entretanto, questão relevante é lembrada por Araújo e Paschoal: que é tranquila a aplicação do Código Penal a fatos praticados por meio da imprensa, posteriores ao julgamento da ADPF 130-7.¹⁷⁶ Contudo, para os fatos ocorridos antes do seu julgamento deve incidir a Lei de Imprensa, no que for mais benéfico ao réu, prevalecendo a regra da anterioridade da *Lex mitior* (lei melhor).

Aos fatos ocorridos antes do julgamento da ADPF 130-7 aplica-se a Lei de Imprensa em tudo o que for mais favorável ao réu, referente ao direito material (pena da lei de Imprensa, irretroatividade do aumento de pena previsto no Código Penal, prazo decadencial e prazo prescricional previstos na Lei de Imprensa).

Dantes, a superada Lei de Imprensa limitava em salários pré-fixados a responsabilidade civil do jornalista (a 2, 5, 10, 20 salários-mínimos, conforme a situação), no art. 51, incisos I a IV, pela manifestação de pensamento e informação, dolosa ou culposa que causasse prejuízo a alguém e continha um critério geral para se chegar ao quantum indenizatório à vítima de dano moral¹⁷⁷. Agora, não existe mais nenhum artigo de lei delimitando a indenização, que fica a critério do julgador. Ainda porque ocorria uma invasão na esfera penal e ofensa ao princípio da reserva legal, conforme o extinto artigo 53 que tratava da intensidade do dolo e do grau da culpa para intensificar o dano moral, sendo que este nada tem a ver com aqueles. O dolo e a culpa antes representavam a responsabilidade subjetiva, porém, o enfoque

¹⁷⁶ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; PASCHOAL, Jorge Coutinho. **Lei de imprensa:** perplexidades decorrentes do julgamento da ADPF 130-7/DF, pelo Supremo Tribunal Federal. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, mai., 2010, p.4-6.

¹⁷⁷ “Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I- a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado; II- a 5 salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III- a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV- a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei admite a exceção da verdade (art. 49, §1º)”.

“Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I- a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II- a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III- a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido”. Cf. Lei de Imprensa de 1967.

atual é, ao contrário, pela responsabilidade objetiva, segundo alguns estudiosos, pois a preocupação tem sido maior com as dores e os sentimentos da vítima do que com os do ofensor¹⁷⁸. Ademais, toda limitação prévia e abstrata a um valor indenizatório pelos danos morais é incompatível com a indenização irrestrita assegurada pela Constituição Federal. É conferido ao magistrado o poder discricionário de avaliar os danos e fixar a indenização.

Ainda, é importante observar que o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil pode levar à responsabilidade objetiva das empresas de notícias e jornalistas pelos danos causados, pois o artigo estabelece que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Sem necessidade de comprovação de culpa, ensejando a responsabilidade objetiva do órgão responsável pela informação e do jornalista, aplica-se a Teoria do Risco nesses casos.

Capez defende a necessidade de se preencher o vácuo legislativo, aludindo que a ausência de uma legislação específica sobre assuntos como o direito de resposta, por exemplo, poderá trazer problemas de ordem prática para o operador do direito, ao buscar solucionar colisões entre a liberdade de expressão e o direito à inviolabilidade da honra e à vida privada, garantias de mesma hierarquia¹⁷⁹.

O ministro Marco Aurélio também defende a necessidade de um diploma próprio para tratar da liberdade de informação apontando que com o vácuo normativo “passaremos a ter a babel”, “passaremos a ter o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica”¹⁸⁰.

Em contrapartida, o ministro Cezar Peluso ao julgar a ADPF 130 argumentou que a inexistência de norma restritiva apresenta-se mais favorável aos ofendidos, justamente por permitir ao juiz que determine o direito nas hipóteses que ele considerar cabível¹⁸¹.

¹⁷⁸ GERMANO, Ob. cit., 2011, p. 154-155.

¹⁷⁹ CAPEZ, Ob. cit., 2011, s/p.

¹⁸⁰ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 134.

¹⁸¹ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 285.

A tutela da personalidade humana teve início, de fato, no âmbito criminal, quando as vítimas buscavam tão somente a aplicação da lei penal, sendo que não se reconhecia o direito ao ressarcimento do dano moral, no Brasil. Mas, já há um bom tempo os tribunais protegem o direito à própria imagem e à intimidade, pela publicação de fotografias de pessoas para fins publicitários e de marketing ¹⁸².

O direito de resposta que visa tutelar a dignidade humana não contém mais uma Lei específica que determine o seu procedimento, o prazo para a sua publicação, o espaço em que deve ocorrer a publicação, entre outros. Entretanto, trata-se de um direito fundamental inserto na Carta Magna, de imediata aplicação, no qual se observa sempre a proporcionalidade para que o autor da resposta, no exercício do contraditório, não vire o agressor. Na falta de legislação específica, deve-se considerar a aplicação do artigo 60, § único do Código de Defesa do Consumidor, por analogia, dando-se esse direito no mesmo veículo, local, espaço e horário veiculado o agravo, a fim de se desfazer os malefícios causados pela publicidade enganosa, errônea ou abusiva.

Ademais, com o vácuo normativo que se verifica após a decisão da ADPF 130, ao juiz é conferida a possibilidade de fazer as construções das regras concernentes ao direito de resposta, bem como construções jurisprudenciais ¹⁸³.

Revogada a Lei de Imprensa, não há mais supedâneo para a tramitação do feito de pedido de resposta na Vara Criminal, passando a ser incompetente esse juízo. A Competência para requerer o exercício do direito de resposta é da Vara Cível, mediante o procedimento ordinário, conforme decisão proferida pelo Des. Relator Willian Campos, da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou a incompetência daquele juízo e determinou que os autos fossem redistribuídos para uma das varas cíveis do Foro Regional para o julgamento do direito de resposta ¹⁸⁴. Sendo ajuizada ação ordinária a fim de requerer indenização pelos danos morais, cumulada com o pedido de resposta, a competência é da vara cível.

¹⁸² SZANIAWSKI, Ob. cit., 2005, p. 202.

¹⁸³ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 283.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação N. 0002532-07.2006.8.26.0011-QUARTA CÂMARA CRIMINAL. São Paulo. Apelante José Jenuíno Neto; Apelado Revista Veja-Editora Abril S/A. Publ. 18.03.2011.

Embora não exista lei específica que regulamente o direito de resposta, tal vácuo normativo não pode ser obstáculo para o exercício dessa prerrogativa, inserta no rol das liberdades fundamentais da CF, conforme orientação jurisprudencial firmada pelo STF, pelo julgamento da Ação Cautelar 2.695/RS proferida pelo ministro Celso de Mello:

A ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo não se revela obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou retificação¹⁸⁵.

Sérgio Niemeyer, tratando da lei julgada pela ADPF 130, comenta que “a revogação da Lei de Imprensa fará afluir maior volume de processos para o STF a respeito da matéria”.¹⁸⁶ Por constituírem de igual valor e proteção, o direito de resposta e a indenização por ofensa à honra, que se instituem em normas auto-aplicáveis e doutra feita o direito de livre imprensa, a solução para Niemeyer: “há de ser encontrada casuisticamente, sem fórmulas preconcebidas, sopesando-se a situação do caso concreto ao lume do princípio da proporcionalidade”¹⁸⁷.

Tal situação fará que os diversos casos somente obtenham um pronunciamento final justamente perante o Supremo Tribunal Federal, já que o fundamento do direito de resposta está na CF, que estabelece ao tribunal a competência exclusiva para resolver seus conflitos. Niemeyer enfatiza ainda que: “máxime quando o conflito emerge da oposição entre dois ou mais desses mesmos direitos”¹⁸⁸.

Isso demonstra a inviabilidade do exercício do direito de resposta, devido à morosidade da decisão pela Suprema Corte, assim esvaziando-se de seu sentido original, de função reparatória desse direito, que precisa ser agressivamente difundido e exercitado; ainda porque, se não for assim, “qualquer resposta será natimorta, porquanto o ato ofensivo distante no tempo cai no esquecimento, e não

¹⁸⁵ MELLO, Celso de. Ação Cautelar n.2.695/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 25/05/2011.

¹⁸⁶ NIEMEYER, Sérgio. **Revogação pode tornar inviável direito de resposta**. Disponível em: <http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/250609084334.pdf>. Acesso em: 25/05/2011, s/p.

¹⁸⁷ Id. Ibidem.

¹⁸⁸ Id. Ibidem.

havendo dele memória social, apenas a ofensa se perpetuará a fustigar o ofendido”¹⁸⁹.

Constata-se, pois, que a partir da decisão proferida na ADPF que julgou não recepcionado todo o conjunto de normas da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, aplicam-se aos casos que eram regidos por aquela lei as normas da legislação comum: Código Civil e Código Processual Civil, para a responsabilização civil e Código Penal e Código Processual Penal, para a responsabilização pelo crime praticado, conforme consta daquela decisão.

Galimberti comentando a revogação da Lei de Imprensa e o fato de os juízes doravante seguirem as normas da legislação comum, também defende a criação urgente de “normas específicas de ordem substantiva e processual, não para intimidar os profissionais da comunicação social, mas para que eles não fiquem à deriva no mar das incertezas de interpretações díspares de nosso Judiciário” ¹⁹⁰. De certo, ficando as decisões referentes aos valores de indenizações a critério discricionário do julgador, haverá muita discrepância nos valores fixados.

Contudo, há tempos verifica-se nas decisões proferidas pelos juízes e tribunais que as indenizações por dano moral vêm sendo fixadas sem qualquer exagero, ‘aliás, com muita parcimônia’, com devida relevância e observação extensiva aos princípios da equidade e da razoabilidade, bem como a gravidade e a extensão do dano, da reincidência do ofensor, da posição profissional e social que o ofendido ocupa, além da condição financeira, tanto do ofensor quanto do ofendido.

No dia 27 de maio de 2009 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o primeiro recurso após revogação da Lei de Imprensa, com amparo no Código Civil, na Constituição Federal e no Código de Ética dos Jornalistas de 1987. A ministra Nancy Andrighi reformou decisão que condenava a Globo Participações em primeira e segunda instâncias, absolvendo-a no processo proposto pelo jornalista Hélio de Oliveira Dórea, citado como envolvido na “máfia das prefeituras”, no Espírito Santo e Rio de Janeiro, em reportagem do Fantástico. De acordo com a decisão:

A divulgação de informações pela imprensa só pode ser considerada culposa se o veículo agir de forma irresponsável. Ao veicular notícia sobre

¹⁸⁹ Id. Ibidem.

¹⁹⁰ GALIMBERTI, Deoclécio. **Revogação da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39672>. Acesso em: 23/05/2011, s.p.

suspeitas e investigações, em trabalho devidamente fundado, os órgãos de imprensa não são obrigados a ter certeza plena dos fatos¹⁹¹.

Não se pode exigir que a mídia apenas divulgue um fato após a certeza da sua veracidade quando o órgão, assim como qualquer outro particular, não tem poderes estatais para empreender tal cognição. “Impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte”, afirmou a ministra Nancy Andrighi, em seu voto¹⁹².

Andrioli cita outra decisão proferida após a revogação da Lei de Imprensa, da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que extinguiu processo ajuizado em 2002 em que um político acusava o Jornal Campo das Vertentes, de Barbacena, de ter publicado reportagem desferindo ataques contra si e sua família e pedia que o jornal fosse impedido de circular, amparado na Lei de Imprensa. Nesse caso, a decisão do Relator Desembargador Luiz Gomes da Mata, nas palavras de Andrioli foi que:

(...) revogada a Lei de Imprensa até que outra venha a ser editada, não é juridicamente possível o pedido fundado em suas disposições, mesmo porque incidem as disposições do art. 5º, inciso II e do artigo 220, caput e parágrafo 1º da Constituição Federal, para impedir a restrição da informação que não esteja de acordo com o texto constitucional¹⁹³.

Outra questão relevante cujo fundamento de proteção é mais amplo com a Constituição Federal é o sigilo da fonte, assegurado no art. 5º, inciso XIV da Carta Magna, garantia necessária para se fazer um bom jornalismo, em especial o investigativo que traz à tona atos de improbidade administrativa, de agentes públicos, assegurando assim o acesso à informação, pela sociedade, ao mesmo tempo em que constitui um instrumento de proteção à liberdade de Imprensa¹⁹⁴.

Forni comenta sobre a impossibilidade de se buscar reparação por fatos noticiados pela internet e sobre a necessidade de se criar legislação específica para o fato, comentando o autor que “o jornalismo *on line*, que deslanchou nos últimos anos, continua no Brasil num limbo jurídico, necessitando urgentemente de uma legislação específica. Essa selva sem dono tem sido responsável por ameaçar e arranhar, com abordagens apressadas e falhas, a reputação de empresas e

¹⁹¹ ANDRIOLI, Ana Carolina P.V. **Apontamentos sobre a revogação da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.ifmaia.com.br/site/index.php?option>. Acesso em: 23.05.2011.

¹⁹² ANDRIGHI, apud ANDRIOLI, Op. cit., 2011, s/p.

¹⁹³ ANDRIOLI, Op. cit., 2011, s/p.

¹⁹⁴ Id. Ibidem.

pessoas”. Comenta, esse autor, que é um equívoco querer buscar reparação na justiça, salvo nos casos em que o veículo de imprensa realmente errou e não quer corrigir o erro. Sugere negociação com o órgão responsável com a veiculação do fato e o jornalista responsável por ele, a fim de garantir um bom convívio e de conseguir um espaço para esclarecimentos, tanto melhor do que ficar longos anos numa disputa judicial, trazendo vários dissabores às partes, tanto ao órgão de imprensa e jornalista quanto à vítima do fato noticiado inverídico ou distorcido ¹⁹⁵.

Após feitas todas essas considerações buscando esclarecer conteúdos relevantes para a compreensão do tema que efetivamente foi proposto tratar, passa-se ao direito de resposta a partir da decisão na ADPF 130, de não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal.

¹⁹⁵ FORNI, João José. **Revogação da Lei de Imprensa abre um vácuo jurídico**. Disponível em: <http://www.jforni.jor.br/forni/?q=node/308>. Acesso em: 25/05/2011, s/p.

3 DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta integra o rol dos direitos fundamentais. Nas lições de Canotilho¹⁹⁶, os direitos fundamentais desempenham as funções de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros, de não discriminação. Esses direitos cumprem a função de direitos de defesa ou de liberdade dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: ora são normas de competência negativa, num plano jurídico-objetivo, que proíbem a ingerência do poder público na esfera jurídica individual do cidadão e, num plano jurídico-subjetivo, implicam o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais, a que se denomina, liberdade positiva; ora materializam-se nas omissões dos poderes públicos, a que se denomina liberdade negativa. E conclui que:

Assim, por ex., o art. 37º da CRP garante subjectivamente: (a) o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura¹⁹⁷.

Deriva dessa função de defesa ou de liberdade a limitação ao poder estatal, impedindo-o de, por exemplo, editar leis com efeitos retroativos, bem como a atribuição de deveres. Nesse âmbito, insere-se o dever de impedir a violação da privacidade, da imagem, da honra dos cidadãos. “Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais”¹⁹⁸.

Nesse sentido, o Estado tem o dever de proteger a liberdade de informação e o dever de proteger o direito à privacidade, à intimidade, à honra, todos compreendidos como garantias fundamentais. *Locus* esse no qual estão inclusos as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, e outras) e os direitos de participação política (direito de voto, de ser votado), revelando, então, na visão de Sarlet, a relação existente entre os direitos fundamentais e democracia. Cabe lembrar, ainda,

¹⁹⁶ CANOTILHO, Op. cit., 1941, p. 407-408

¹⁹⁷ Art. 37º/2, apud CANOTILHO, Op. cit., 1941, p. 408

¹⁹⁸ Idem, Op. cit., 1941, p.409.

que a Constituição Federal confere igualdade hierárquica a todas as regras e princípios constitucionais, quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez. Integram esses, os direitos civis e políticos, incluindo algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o direito de petição e o *habeas corpus*. Os direitos fundamentais podem ser considerados, na visão de Sarlet, como *condicio sine qua non* do Estado constitucional democrático, ora se verificando uma relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia, ora a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia¹⁹⁹.

Decorre, para o Estado, dessa função de defesa dos direitos fundamentais, o dever de garantir a todos, igualmente, o direito de resposta proporcional ao agravo àquele que se sentir lesado nos direitos fundamentais. Sendo assim, torna-se preciso reforçar que o Estado constitui, além da proteção dos direitos fundamentais, um exercício à liberdade de expressão. Está previsto por força do Pacto de São José da Costa Rica (art. 14), sendo um direito que existe na legislação brasileira desde 1923, com a Lei Adolpho Gordo. Hoje tem status constitucional, pois elencado no artigo 5º da Constituição Federal, e estava disciplinado nos artigos 29 a 36 da revogada Lei de Imprensa, que trazia previsto o instituto jurídico da seguinte forma:

Toda pessoa, natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito à resposta ou retificação²⁰⁰.

O direito de resposta é a própria liberdade de expressão, é uma faculdade conferida ao interessado e assegurada pela Carta Magna, é uma garantia fundamental de defesa dos direitos vinculados à personalidade sempre que divulgados fatos, opiniões ou informações inverídicas ou ofensivas. Mesmo tendo sido declarada inconstitucional a referida Lei de Imprensa, isso não constitui um

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

²⁰⁰ “Art. 14 supra: Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo, por meio de difusão legalmente regulamentados, e que se dirigem ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou resposta eximirão de outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial”. Cf. Lei de Imprensa de 1967.

óbice ao exercício do direito de resposta, já que ostenta status constitucional. Extrai-se tal afirmação da conjugação do artigo 5º, inciso V com o seu § 1º que afirma a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Para Nicolodi, o direito de resposta representa o direito que assiste a qualquer pessoa física ou jurídica que foi objeto de notícia publicada na imprensa de, gratuitamente, publicar um desmentido, uma defesa, uma retificação de informações inexatas, inverídicas ou ofensivas publicadas em seu desfavor²⁰¹. Devendo ser julgado quando formulado por quem se sentir ofendido ou prejudicado, por publicação ofensiva ou inverídica, conceito sustentado pelo ministro Carlos Ayres Britto:

(...) além de não poder se opor a eventual direito de resposta. Direito que se manifesta como ação de replicar, ora para o efeito de simples retificação da matéria publicada, ora para o fim de centrado contradiscurso (sic) por parte daquele que se vê ofendido em sua subjetividade, ou, então, insultuosamente desqualificado enquanto pensador, cientista, criador, ou simples observador da cena existencial²⁰².

Em 1994, Leonel Brizola exerceu o seu direito de resposta, concedido pela Justiça Eleitoral contra a TV Globo que o acusou de estar acometido de ‘declínio da saúde’ e de ter ‘deprimente inaptidão administrativa’, porque Brizola teria tentado impedir o desfile de samba da Sapucaí, no Rio de Janeiro. Fato ocorrido em fevereiro de 1992. O vídeo exibido no Youtube mostra o Cid Moreira, então apresentador do Jornal Nacional, lendo a resposta de Leonel Brizola. Direito que foi exercido no tempo de 3(três) minutos e que contém o desabafo do político, dizendo, entre outras coisas, que só consegue ocupar espaço na rede Globo quando amparado pela Justiça e que ‘tudo na Globo é tendencioso e manipulado’. Acusou a Globo de não querer transmitir a inauguração da passarela construída durante o seu governo, em 1983 e exercer um poder imperial, manipulador. Entretanto, é no final da resposta de Brizola, conforme as palavras do próprio político, que visualizamos o fim desse direito concedido a qualquer pessoa que se sinta atingida na sua honra, até mesmo por um ‘gigante como a Rede Globo’, como se referiu Brizola:

Quando me insultam por minhas relações administrativas com o Governo Federal, ao qual faço oposição política, a Globo vê nisso bajulação e servilismo. É compreensível. Quem sempre viveu de concessões e favores do poder público não é capaz de ver nos outros senão os vícios que carrega

²⁰¹ NICOLODI, Ana Maria. **O direito de Resposta**. In: Revista Jus Vigilantibus, outubro de 2007. Disponível em: <http://www.jusvi.com/artigos>. Acesso em: 18.05.2011, s/p.

²⁰² BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 56.

*em si mesmo. Que o povo brasileiro faça seu julgamento, e, na sua consciência lúcida e honrada, separe os que são dignos e coerentes daqueles que sempre foram servís e gananciosos*²⁰³.

Daí se conclui, considerando a acepção de Germano, que: “o direito de resposta como limite e restrição ao direito de liberdade de expressão representa a pluralidade de pensamentos e opiniões que devem coexistir em uma sociedade democrática”²⁰⁴. Além disso, por meio desse fator se confere a todos que têm acesso aos meios de informação o direito de, a partir das diversas manifestações, formarem a sua própria opinião sobre o fato noticiado/acontecido.

Assegura-se o direito de resposta de forma abrangente, pela CF, no art. 5º, inciso V, em relação a todas as ofensas, quer caracterizem infração penal ou não. Conforme Moraes existem fatos que, mesmo sem configurarem crimes, acabam por afetar a reputação alheia e a honra da pessoa, além de infligirem à veracidade cuja publicação é um interesse comum e que divulgados pela imprensa possibilitam ao prejudicado o instrumento que permite restabelecer a verdade, a sua reputação e a sua honra, por meio do exercício do direito de resposta²⁰⁵.

Logo, para Nicolodi, uma forma de liberdade de expressão e de acesso individual, configura tanto aos meios de informação quanto a pessoa humana, uma garantia constitucional que proporciona a publicação de versões alternativas, “facultando assim aos leitores uma perspectiva suplementar sobre a mesma questão”²⁰⁶. Ela ainda salienta que “a resposta deve ser formulada nas mesmas proporções do texto que a desencadeou”²⁰⁷, no mesmo local em que fora divulgado, e em consonância com o princípio da proporcionalidade e a igualdade, a fim de alcançar com a mesma intensidade o mesmo público que teve acesso ao texto respondido.

Conforme se extrai de decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal em que foi relator o Desembargador José Maurício Pinto de Almeida, “ainda que o texto tenha noticiado fato verídico, evidente o direito de resposta quando o periódico publica de

²⁰³ Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=F7x_8ZsOqyM. Acesso em: 10/05/2011. (grifo nosso)

²⁰⁴ GERMANO, Op. cit., 2011, p. 135.

²⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.77-78.

²⁰⁶ NICOLODI, Op. cit., 2007, s/p.

²⁰⁷ Id. Ibidem.

forma a conduzir o leitor à conclusão errônea sobre os motivos determinantes do fato noticiado”, ao informar decisão tomada pelo chefe do Executivo local, contendo uma narrativa capciosa, visando incutir na população a falsa ideia de que o prefeito teria, deliberadamente, ‘dispensado’ verba federal destinada à reforma da rodoviária municipal, sem qualquer interesse público²⁰⁸.

Posto que seja livre e plena a manifestação de pensamentos, da criação e da informação, a Carta Magna prescreve, além do direito de resposta, todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas que, mesmo atuando *a posteriori*, visa coibir os abusos no desfrute da plenitude da liberdade de imprensa.

Rodrigo Bornholdt chama a atenção para a necessidade de se valorar o direito de resposta como “instrumento exclusivo de reparação do dano”, nas hipóteses que se verifica impossível outra forma de reparação; a ser visto não propriamente como sanção, mas, um direito, “cuja eficácia é desencadeada por ato jurídico lícito de terceiro”, já que é possível o exercício do direito de resposta inclusive contra essa espécie de ato, uma vez que a Carta Magna não faz qualquer referência a ato ilícito para o seu exercício.²⁰⁹

A crítica jornalística, porque revela um interesse público, não é *a priori* censurada. Não é dado ao Estado o direito de definir o que pode ou não pode ser dito, nem aos indivíduos, nem à imprensa. Contudo, cabe o direito de resposta como ação de replicar ou retificar matéria publicada e capaz de atingir a honra objetiva ou então subjetiva, conforme previsto no artigo 5º da CF; além da previsão de uma responsabilização civil ou penal, nos termos do Código Penal e Código Civil brasileiros.

Entretanto, se a matéria jornalística limitou-se a narrar denúncias que efetivamente aconteceram, sem abusos, configura-se o exercício regular do direito de informação que não sucumbe diante do direito à imagem. A informação sem sensacionalismo afasta o dever de indenizar. Nesse sentido, existem diversos julgados nos tribunais das quais também se extrai o mesmo entendimento. No

²⁰⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná- 2ª Câmara Criminal- AC 0568190-9, Cruzeiro do Oeste-; Apelante: Tribuna do Oeste; Apelado: Município de Cruzeiro do Oeste. Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida, 13.09.2009.

²⁰⁹ BORNHOLDT, Op. cit., 2011, p. 196.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹⁰: se verificado o *animus narrandi*, sem qualquer verificação de abuso, não cabem danos morais, pois que configura o exercício regular de um direito, excludente da ilicitude que afasta qualquer responsabilidade, seja penal ou civil.

3.1 O DIREITO DE RESPOSTA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE DEFESA

O direito de resposta proporcional ao agravo, inserido como garantia fundamental na Carta Magna, é um direito fundamental de defesa daquele que se

²¹⁰ “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVELIA. INOCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO E À IMAGEM. REPORTAGEM JORNALÍSTICA. NARRATIVA FIEL DE DENÚNCIAS OCORRIDAS, COM POSSIBILIDADE DE RESPOSTA POR PARTE DA AUTORA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. Se a matéria jornalística limita-se a narrar denúncias que efetivamente aconteceram, sem qualquer abuso, há exercício regular do direito à informação, que não sucumbe diante do direito à imagem. Não havendo sensacionalismo nas publicações, não se verifica dano moral indenizável. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70030680060, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/10/2009).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO DE DANO MORAL EM FACE DE REPORTAGEM ENVOLVENDO O AUTOR POR PRÁTICA DE CRIME. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO OU SENSACIONALISMO. Não há dever de indenizar quando reportagem jornalística se

limita a retratar a ocorrência de prática de suposto delito, não transpassando o teor narrativo. Em que pese não ser absoluta a liberdade de expressão, no caso em tela preponderou o interesse coletivo à informação, estando a requerida sob o amparo de exercício regular do direito, que não enseja a reparação por danos morais. APELO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70026560003, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 12/11/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CUNHO MERAMENTE INFORMATIVO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Considerando que a divulgação da notícia de denúncia do Ministério Público por improbidade administrativa do autor está abrangida pela liberdade de imprensa, não há que se falar em indenização por dano moral se a reportagem veiculada não confundiu nem tampouco falseou a verdade dos fatos. A notícia transmitida pela empresa requerida vinculada ao grupo RBS de Rádio e Televisão, sem manifestação de opinião, com mera informação da denúncia feita pelo Ministério Público, não gera obrigação de indenizar por danos morais por ser de cunho meramente informativo. A caracterização da responsabilidade civil depende do reconhecimento do dano, do ato ilícito e do nexo causal entre ambos. Tratando-se da divulgação de matéria meramente informativa, não se reconhece a ilicitude do ato, inexistindo o dever de indenizar. Além disso, por se tratar o autor de político conhecido na região, tendo exercido diversos cargos públicos em sua carreira política, dentre eles o de ex-prefeito e vice-prefeito pelo qual foi denunciado pelo Ministério Público por improbidade administrativa, está sujeito constantemente a ter sua vida pública divulgada pelos diversos meios de comunicação. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70026267989, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 29/10/2008)”.

sentir ofendido ou prejudicado pela veiculação de uma notícia ou informação, na mídia, que lhe faculta apresentar as suas contraposições²¹¹.

Tal direito está assegurado no artigo 5º, inciso V da Carta Magna: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. E continua a existir no nosso ordenamento pátrio por força do artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica ratificado pelo Brasil em 1992²¹². Embora a Lei de Imprensa tenha sido revogada, está inserto na Constituição Federal, portanto constitui numa obrigação de fazer para o Estado ou para os responsáveis pela divulgação dos fatos ou ideias ofensivas. Constitui um direito de personalidade autônomo ao direito de queixa e de persecução penal quando verificados os delitos de injúria, difamação ou calúnia, previstos no Código Penal brasileiro, nos artigos 138 a 140.

Decorre da função de defesa não só o dever do Poder Público de regular os direitos individuais ou sociais, mas também de exigir que terceiros respeitem e observem os direitos dos outros, exercendo, nesse caso, uma atuação positiva. O direito de resposta permite ao ofendido a ação imediata, num verdadeiro estado de legítima defesa, a fim de evitar maiores danos ao ofendido, enquanto, no exercício à liberdade de expressão, a atuação estatal reclama uma abstenção. O Estado, na visão de Germano, se abstém em limitar a liberdade de expressão, que acontece sem censura, cabendo apenas a responsabilização vindoura por eventuais lesões causadas pela veiculação de fatos ou notícias inverídicas, errôneas ou ofensivas, quando constatado o abuso no direito de expressão²¹³.

Ao analisar o instituto do direito de resposta, afirma Miranda que se trata de um instituto cuja existência é essencial para a liberdade de imprensa. Que defender o direito de resposta é defender a liberdade de imprensa, percebendo-se entre eles a configuração de uma relação de conexidade. O direito de resposta inserido nessa esfera institucional traduz-se em circunstância inquestionável de legítima defesa,

²¹¹ GERMANO, Op. cit., 2011, p. 132.

²¹² “Artigo 14 – Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo, por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei”. BRASIL, Ob. cit., 1988.

²¹³ GERMANO, Op. cit., 2011, p. 133.

sendo que ocorre a reação imediata à ofensa com o qual se visa “restabelecer a verdade e lutar contra o poder coletivo do jornal”.²¹⁴

O direito de resposta proporcional ao agravo é um “instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais que visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade e sua honra”²¹⁵, quer configurem ou não infrações penais. Cabe para Moraes contra qualquer fato que afetar a reputação alheia, a honra ou o bom nome da pessoa, sendo que tais fatos podem ser apenas inverídicos, visando, neste caso, ao restabelecimento da verdade ou da reputação do ofendido²¹⁶.

Bornholdt defende que se a ofensa for leve, deve-se “aplaudir” solução diversa da reparação moral por perdas e danos, a verificar-se mediante o exercício do direito de resposta que assegura ao sujeito a possibilidade de se autodefinir e apresentar uma imagem diversa daquela que sobre ele foi apresentada pelo órgão de imprensa²¹⁷.

O direito de resposta é uma garantia constitucional que configura um meio de compensar o desequilíbrio natural entre o órgão de imprensa e o cidadão, sendo, pois, um meio de defesa que assegura a proporcionalidade entre a ofensa veiculada pela imprensa e a réplica do ofendido, visando neutralizar as consequências danosas que resultam do exercício abusivo da liberdade de expressão.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou em 23 de agosto de 2010 o direito de resposta nos autos de procedência da 5ª Vara Cível de Belo Horizonte, no qual um ex-aluno de curso preparatório para concursos o solicitou em ação com pedido de liminar, pois que em sala de aula o professor da disciplina de Geografia da instituição teria dito que o aluno foi beneficiado em concurso público para polícia militar por ter parentes na instituição. Após avaliar os documentos juntados ao processo, o juiz Antônio Belasque Filho concedeu o direito de resposta por tempo aproximado de quatro minutos, mesmo tempo gasto pelo professor, a ser lido em

²¹⁴ MIRANDA, Ob. cit., 1994, p. 524-525.

²¹⁵ MORAES, Ob. cit., 2002, p.79-80.

²¹⁶ Id. Ibidem.

²¹⁷ BORNHOLDT, Ob. cit., 2011, p. 335-336.

sala, durante a aula da mesma disciplina. Ainda, determinou caber à escola oportunizar o direito de resposta, sob pena de multa diária de mil reais ²¹⁸.

O Direito de Resposta é, pois, um meio de defesa eficaz, prático e bastante vantajoso em relação aos meios oferecidos pela via judiciária, isso se comparado à ação criminal pelos crimes de injúria ou calúnia que, nas palavras de Miranda: “demandam um longo período de tempo para solução final” e “a posse de recursos pecuniários para a sua propositura e andamento, de que nem todos dispõem” ²¹⁹.

Para o exercício desse direito, segundo Gomes Junior e Chueri, não se faz necessária a ofensa, bastando que o fato divulgado “seja errôneo, inverídico ou que justifique um esclarecimento por parte do interessado” ²²⁰. Enfim, cabe nos casos em que a pessoa sentir a necessidade de retificar algo, corrigir o que foi dito, defender-se e restabelecer a verdade. Outrossim, o órgão responsável pela informação ofensiva, palavras ou imagens não pode se negar a veicular o direito de resposta que deve se dar nos limites necessários e suficientes para rebater as acusações feitas, de maneira ‘proporcional ao agravo’ sofrido. Além disso, ao órgão de comunicação resta o dever de veicular o direito do ofendido e não, ao ofensor. Por fato errôneo, cita-se um exemplo extraído de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

De outra parte, de notar-se que o artigo ao referir "a primeira reforma que se impõe, no mínimo, é devolver o Judiciário aos seus Juízes, efetivamente concursados e vocacionados para o mister, de acordo com o princípio da acessibilidade ao cargo, via concurso de provas e títulos, acabando com a fraude do quinto constitucional" (grifou-se), veicula fato errôneo, porquanto a "fraude", em sua exata acepção diz com ação praticada de má-fé, na clandestinidade. E, considerando que a aludida reserva constitui-se em um direito assegurado constitucionalmente (art. 94, CF) - o que, per si, pressupõe o total afastamento de tais características - conclui-se ser, no mínimo, errôneo o fato veiculado e, pois suficiente a ensejar o direito de resposta pretendido pela autora, com fulcro no art. 29, da Lei nº 5.250/67 ²²¹.

²¹⁸ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2340522/aluno-tem-direito-de-resposta>. Acesso em: 06/06/2011.

²¹⁹ MIRANDA, Ob. cit., 1994, 419.

²²⁰ GOMES JUNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p.38.

²²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal Nº 2003.71.00.017025-7/RS. Rel Des. Federal Tadaaqui Hirose. Apelante: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul- AJURIS; Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil- Secção do Rio Grande do Sul, DJU, de 01.23.2004.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Paraná reformou a sentença que havia julgado improcedente o pedido de resposta, em razão de publicação de notícia inverídica ou errônea pelo jornal Gazeta do Povo em face do Instituto Ambiental do Paraná- IAP, ao noticiar que o referido órgão ambiental exigiu revelação de fórmula de herbicida, que configura segredo industrial (assim como é secreta a fórmula da coca-cola); quando, na verdade, o que se solicitara foi o perfil toxicológico para aferição do nível de risco causado pelo contato recorrente direto com o agrotóxico. A relatora Lilian Romero motivou sua decisão alegando que é diferente solicitar a ciência dos componentes integrantes da fórmula de solicitar a própria fórmula, pois esta abrange também os quantitativos de cada componente dela. Divulgou-se, pois, notícia inverídica ou errônea que conferiu o exercício do direito de resposta ao órgão ambiental.²²²

O fundamento do direito de resposta está no princípio de legítima defesa, exercício facultado a qualquer pessoa que se sentir atingida, consistindo num meio de defesa eficaz e prático. O desagravo deverá ter o mesmo destaque e a mesma duração, se na imprensa falada, ou o mesmo tamanho, se na imprensa escrita, e deve-se restringir ao desagravo, não podendo acobertar atividades ilícitas transformando o ofendido em ofensor.

Entretanto, L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho, citado pelo relator Ministro Celso de Mello, na AC 2.695-MC/RS, assevera que o direito à informação é um direito difuso da sociedade, que se configura no direito à informação correta, verdadeira. Afirma, ainda, que o direito de resposta não deve ser visto apenas como uma ação de reparação do dano ou um instituto afim ao da legítima defesa, mas um direito à informação verdadeira e imparcial, direito difuso que pode ser exercido por qualquer legitimado que tenha interesse em preservar a verdade de um fato - a sociedade ²²³. Prevalece o interesse da coletividade na informação verdadeira, não distorcida, imparcial. O direito de resposta é mais do que um direito ao próprio lesado, mas um interesse de toda a sociedade de ter apresentada a informação real, de ouvir o outro lado, a versão do cidadão que se sentiu atingido com a notícia veiculada.

²²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná- 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 0515249-0, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, Rel Juíza Convocada Lilian Romero- Unânime, J.19.02.2009.

²²³ Cf. AC 2.695- MC/RS. Decisão publicada no DJE de 1º.12.2010.

A liberdade de expressão é um direito fundamental que contém o direito de resposta como elemento da própria liberdade, concorrendo para a diversidade de opiniões, visando estimular o diálogo e a reflexão, relativizando os discursos unilaterais, pois “o direito de resposta como limite e restrição ao direito de liberdade de expressão representa a pluralidade de pensamentos e opiniões que devem coexistir em uma sociedade democrática” ²²⁴. É um direito fundamental intimamente ligado à defesa dos direitos à personalidade, juntamente com o direito à possibilidade de postular pelos danos materiais e morais decorrentes da violação aos direitos fundamentais da vítima. As hipóteses de proteção aos direitos da personalidade estão previstas no Código Civil brasileiro ²²⁵.

Todos os direitos que estão atrelados à personalidade também são reconhecidos pelos tribunais à pessoa jurídica, dotada de honra objetiva²²⁶. Germano relaciona o direito de resposta ao exercício constitucional do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da carta magna ²²⁷, pois, além da retificação, podem ser apresentadas ‘versões alternativas’ às que foram divulgadas e que sejam pertinentes àquela pessoa que foi objeto da notícia. Ao fazer uso do mesmo órgão de comunicação social de onde foi emanada a notícia inverídica, ofensiva, passível de resposta, a vítima está efetivamente dispondo dos recursos ao contraditório e à defesa da sua dignidade, observada a proporcionalidade.

²²⁴ GERMANO, Ob. cit., 2011, p.135.

²²⁵ “Art. 12 do CC:.. Pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”.

²²⁶ GERMANO, Ob. cit., 2011, p. 140.

²²⁷ “Inciso LV do art. 5º da CF: (...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

3.2 O DIREITO DE RESPOSTA COMO CONTRAPESO À LIBERDADE DE IMPRENSA

Viu-se que a liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e consiste num direito individual de expressar-se, direito à informação, de opinião e proibição à censura. Contudo, tal liberdade pressupõe a pluralidade de opiniões e a responsabilidade pelas opiniões emitidas, havendo um sistema de freios e contrapesos pelo qual toda forma de poder é democraticamente regulada e o direito de resposta célere e democrático efetivou-se como um dos mecanismos de defesa contra o poder da mídia.

Para Jabur, o direito de resposta tem como função a manutenção do “equilíbrio entre o poder sempre crescente dos meios de comunicação e o pronto e eficaz restabelecimento da verdade, omitida ou comprometida pelo veículo de comunicação social” ²²⁸. É o meio de desagravo idôneo e hábil à restauração da verdade pela pessoa física ou jurídica, afetada pela informação transmitida. Contudo, o autor cita Löffler para quem “a liberdade de informação é um direito que não pertence apenas aos meios de comunicação, mas também ao público” ²²⁹. Portanto, percebe-se que o direito de resposta não significa censura, nem alijamento à liberdade de escrever e narrar dos operadores da comunicação social, uma vez que é direito dos cidadãos obterem as informações de interesse público, as quais, por muitas vezes, se pretende restringir.

A liberdade de imprensa é um exercício de suma importância em uma sociedade que defende a democracia como um dos seus fundamentos, exercendo grande influência na formação da opinião pública. Entretanto, esse exercício precisa se constituir de forma responsável, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, na visão de Fonseca, quando essa liberdade fere outro direito fundamental, deve recuar para não abalar o sistema jurídico democrático²³⁰.

²²⁸ JABUR, Ob. cit., 2000, p.223-224.

²²⁹ LÖFFLER, apud JABUR, Ob. cit., 2000, p.223-224.

²³⁰ FONSECA, Francisco. **Mídia e Democracia: Falsas Confluências**. Revista de Sociologia e Política. n.22. Jun.2004, p13-24.

O direito de resposta é o contrapeso constitucional da liberdade de imprensa, direito fundamental, um verdadeiro instrumento de “legítima defesa”; uma forma de compensar o desequilíbrio que se verifica entre os titulares dos meios de comunicação e dos que dele se utilizam. Em concordância com a leitura de Fonseca, Gomes Junior e Chueri observam também que: “a responsabilidade nasce da liberdade e, assim, defender o direito de resposta é defender também a liberdade de imprensa” ²³¹.

Uma notícia pode causar danos a determinadas pessoas, à sociedade, se distorcidas as versões sobre os acontecimentos e fatos, porque o processo de informar não é neutro, mas sofre a influência de variáveis como a visão do receptor da notícia, das testemunhas e da fonte. Assim como não existe neutralidade absoluta, Fonseca ressalva que, não se pode conceber um “poder desmedido e largamente sem controles (democráticos) sobre a (in) formação da opinião (...) quem controla efetiva e democraticamente o poder da mídia? Quais instituições servem-lhe de contrapeso?” ²³².

O direito de resposta é o contrapeso para “defender não só a liberdade da imprensa, mas também a liberdade face à imprensa” ²³³, conforme Moreira. Não se trata de uma forma de censura, uma vez que a imprensa tem liberdade de expressão, mas se uma notícia veiculada pela imprensa atingir a honra de alguém, o veículo que a divulgou deve ‘reparar o dano’, se é que isso é possível, cedendo espaço para que o ofendido, “com relevo, notoriedade e audiência igual às que lhe causaram o dano, defenda-se” ²³⁴.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Cautelar 2695/RS, define a natureza jurídica e a função instrumental do direito de resposta, a que ele chama de verdadeira garantia institucional do contraditório público como sendo, respectivamente²³⁵:

²³¹ GOMES JÚNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p.24.

²³² FONSECA, Ob. cit., 2004, p. 13-24.

²³³ MOREIRA, Vital Apud STEIBEL, Fabro. Direito de resposta e judicialização da política na propaganda política brasileira. Rastros- Revista do Núcleo de Estudos de Comunicação. Ano VIII. N. 52. out 2007. p 8-62.

²³⁴ Id. Ibidem.

²³⁵ Ação Cautelar 2.695-MC/RS. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23/05/2011.

- Garantia de defesa dos direitos da personalidade;
- Direito individual de expressão e de opinião;
- Instrumento de pluralismo informativo e de acesso de seu titular aos órgãos de comunicação social;
- Garantia do dever de ‘verdade’;
- Forma de sanção ou de indenização em espécie.

Já, a função instrumental compreende: 1)a neutralização de excessos decorrentes da prática abusiva da liberdade de comunicação jornalística; 2)a proteção da autodeterminação das pessoas em geral; 3)a preservação/restauração da verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social.

Ao julgar a ADPF 130/STF, o ministro supracitado, novamente mencionou essa natureza jurídica de *garantia institucional do contraditório público*, ao classificá-lo não como um direito individual, muito menos fugindo à autonomia editorial dos órgãos de imprensa, mas como um direito que cumpre uma missão informativa e democrática. Não obstante, além de ser defensor da honra e da imagem das pessoas, ainda esclarece fatos e questões de interesse de toda a coletividade. Por isso mesmo, sugere que tal exercício não pode ser limitado à prática de ilícitos pela imprensa, mas deve abranger toda uma gama de questões que sejam de interesse público. Isso porque, embora lícita, uma notícia pode conter informações distorcidas ou errôneas, devendo-se garantir o alcance de versões opostas ao público que tal notícia alcançou²³⁶.

A liberdade de imprensa deve ser exercida com responsabilidade, com o objetivo de garantir o respeito aos direitos individuais, sem atingir o direito de personalidade, sem distorcer os fatos, cabendo a responsabilização *a posteriori* pelos abusos cometidos no exercício dessa liberdade.

O ministro Celso de Mello reconheceu no julgamento da Ação Cautelar 2.695/RS que, embora a liberdade de expressão aconteça livre de censura, *a posteriori*, ocorre a responsabilização por abusos cometidos no exercício dessa liberdade e que afetem a dignidade da pessoa humana. Ainda, que o direito de resposta, além de preservar os direitos da personalidade, assegura a todos o

²³⁶ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 188.

“exercício do direito à informação exata e precisa, através da proteção jurídica conferida a esse instituto” ²³⁷.

Os direitos da personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, ‘verdadeiros contrapesos à liberdade de informação’ ²³⁸.

Jabur já dizia muito antes de ser revogada a Lei de Imprensa que: “o direito de resposta não está, há muito, condicionado aos termos da legislação especial, dela não dependendo, máxime quando reconhecido entre as garantias individuais e coletivas, desde a Constituição Federal de 1934” ²³⁹. Trata-se de um direito que não depende de legislação ordinária o regulamentando para ser exercido, configurando num contrapeso à liberdade de imprensa.

3.3 O DIREITO DE RESPOSTA E SUA INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

A lei de Imprensa revogada previa no seu artigo 29, §3º a extinção do direito de resposta quando do exercício de ação penal ou civil contra o órgão responsável pela publicação ou transmissão da notícia incriminada ²⁴⁰. Inclusive, havia precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido: “A propositura de ação de indenização por danos morais no juízo cível acarreta a extinção do direito de resposta, *ex vi* do art. 29, §3º, da Lei de Imprensa” ²⁴¹.

Entretanto, o entendimento doutrinário que se firmava anteriormente à extinção da Lei de Imprensa era de que se o ofendido movesse ação criminal ou civil contra o autor da divulgação não acarretaria em extinção do direito de resposta; apenas se houvesse ação criminal contra o jornal, o periódico, a emissora ou a

²³⁷ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 15.

²³⁸ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 12.

²³⁹ JABUR, Ob. cit., 2009, p. 226.

²⁴⁰ “Art. 29, §3º- Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil, contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada”.

²⁴¹ STJ, Resp 333.040-SP, j. 11.02.2003, rel. Min. Felix Fischer, DJU 10.03.2003.

agência de notícias, conforme a redação do mencionado artigo de lei, ou seja, somente haveria extinção do direito de resposta, caso a ação criminal ou civil movida, fosse contra o órgão de imprensa.

Em que pese haver discussões sobre esse tema, na vigência da Lei de Imprensa, a redação do artigo 5º, inciso V da CF não contém óbice às ações de indenização e criminal, pois prevê que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”²⁴². Na leitura de Gomes Junior e Chueri, o vocábulo *além* inserido na redação do dispositivo demonstra a clara intenção do legislador em não afastar, pelo contrário, em assegurar o exercício dos dois direitos: a) do direito de resposta; e, b) da indenização civil.

Quisesse o legislador afastar tal possibilidade, o termo a utilizar seria ‘salvo se’ postulada indenização por dano material, moral ou à imagem. O que demonstra, claramente, a intenção em assegurar os dois exercícios: do direito de resposta e da reparação civil e (ou) criminal.

Ademais, a própria lei de imprensa continha no artigo 35 que “a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação não prejudicará as ações do ofendido para promover a responsabilidade penal ou civil”, não se pode legitimamente pretender que o aforamento destas obstaculize o direito àquela²⁴³, conforme asseveram Gomes Júnior e Chueri. Isso porque, os direitos de resposta, reparação civil e criminal têm finalidades diversas, seja restabelecer a verdade, ressarcir danos ou condenar pelo delito contra a honra. Esse também é o pensamento de Meyer-Pflug para quem:

O direito de resposta é um direito autônomo que não se confunde com a garantia da indenização por dano material, moral ou à imagem a que faz jus o ofendido no caso de violação de seus direitos. É um direito de personalidade, que se constitui em veículo de defesa da imagem, da honra, da intimidade e da privacidade do indivíduo. Todavia, o direito de resposta não tem o condão de isentar o responsável das consequências advindas do direito penal, quais sejam, o processo por calúnia, difamação ou injúria (arts.138,139 e 140 do CP brasileiro)²⁴⁴.

²⁴² GOMES JUNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p.39-41.

²⁴³ Id. Ibidem.

²⁴⁴ MEYER-PFLUG, Ob cit, 2009, p.86.

Com a revogação da referida lei de imprensa, tal questão resta solucionada definitivamente. O ajuizamento de ação de reparação no juízo cível, ou a ação criminal pelo crime contra a honra não impede o exercício do direito de resposta; direito esse distinto e autônomo.

A pretensão indenizatória, além de insculpida na Carta Magna, também está expressamente contida no Código Civil, art. 12, que prevê proteção aos direitos da personalidade: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Tal dispositivo vem reforçar o entendimento de que a indenização cível e o direito de resposta são institutos diversos e autônomos, e que o exercício de um não prejudica o exercício do outro direito. Ademais, o Direito Civil disciplina todas as questões pertinentes à responsabilidade civil, desde o conceito de ato ilícito que resulta na obrigação de indenizar até a delimitação da apuração dos danos morais, observado o princípio da proporcionalidade, à luz do art. 944. Germano adverte que: “A indenização mede-se pela extensão do dano” ²⁴⁵, remetendo, pois, a sua efetiva apuração e aplicação ao princípio da proporcionalidade.

Esse é o entendimento que se verifica do julgado da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, de que o montante da indenização será fixado observando a gravidade e a duração da lesão, bem como as condições financeiras de quem deve reparar o dano e do ofendido. Contudo, sem gerar enriquecimento ilícito, e conforme a determinação do poder discricionário do julgador. Que a indenização constitui uma sanção que visa coibir atos da mesma espécie:

APELAÇÃO CÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA - RÉUS QUE AO CRITICAREM A ENTREVISTA CONCEDIDA PELA AUTORA, COMO ESPECIALISTA EM ORTOPEDIA FUNCIONAL DOS MAXILARES, EXTRAPOLARAM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO, ATINGINDO-LHE A REPUTAÇÃO E CREDIBILIDADE PROFISSIONAIS INDENIZAÇÃO DEVIDA RETRATAÇÃO POSSIBILIDADE. RECURSO DA PRIMEIRA APELANTE PROVIDO. RECURSO DO SEGUNDO APELANTE PREJUDICADO. 1 - Se as críticas proferidas pelos requeridos transcendem os limites da liberdade de informação e expressão, já que não se limitaram a expressá-las sob o ângulo científico, mas foram além, colocando em xeque a formação profissional e credibilidade da suplicante, ao tacharem de infundadas as informações por ela prestadas; ao desprezarem a área na qual atua, considerando-a desprovida de embasamento científico; ao afirmarem que

²⁴⁵ GERMANO, Ob. cit., 2011, 186-187.

informações adicionais deveriam ser colhidas com profissionais que tivessem formação acadêmica sólida e séria, o que, a contrario sensu, implicou em dizer que não seria o caso da entrevistada; e ao considerarem que a reportagem promoveu um desserviço à população, impõe reconhecer o dano moral daí advindo, passível de indenização, ex vi dos artigos 5º, V, da Constituição Federal, e 186, do Código Civil. 2 - A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do Julgador, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. 3 Impõe acolher o pedido de retratação, consistente na publicação no jornal, do julgado condenatório, pois, a despeito da procedência da ADPF 130, pelo Supremo Tribunal Federal, julgada em 30/04/2009, e publicada no D.J em 12/05/2009, declarando que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, existe espaço para considerar o 'pedido de retratação', equiparado ao 'direito de resposta'.²⁴⁶

No julgado do Tribunal de justiça do Paraná, acima transcrito, verifica-se a equiparação do pedido de retratação ao direito de resposta, após o julgamento da ADPF 130, pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a Lei de Imprensa não recepcionada, na sua integralidade, pela Constituição Federal brasileira. A responsabilidade civil sobre a notícia veiculada tanto pode recair sobre o órgão de imprensa que a noticiou quanto ao jornalista responsável pela opinião, manifestação ou informação, conforme entendimento jurisprudencial ²⁴⁷.

Nesse sentido, foi editada a súmula 221, pelo STJ, *in verbis*: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” ²⁴⁸.

Verifica-se, lembrando-se de Germano, que o direito de resposta “visa assegurar a retificação ou contraposição de um fato, notícia, informação ou opinião

²⁴⁶ Tribunal de Justiça do Paraná. 10ª C. Cível- AC- 0609864-2- Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Rel.:Des. Luiz Lopes- Unânime- J. 17.12.2009.

²⁴⁷ PROCESSO CIVIL- RECURSO ESPECIAL- DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL- RESPONSABILIDADE CIVIL- LEI DE IMPRENSA (Nº5.270/67, ART. 49, §2º)- DANOS MORAIS- PÓLO PASSIVO- PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA- POSSIBILIDADE- Escolha do autor, tanto contra a empresa titular do veículo de comunicação, como ao jornalista ou contra aquele que a tanto deu margem- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. É parte legítima, no pólo passivo da lide, respondendo pelos danos morais causados, aquela que presta informações à imprensa ou fornece documentos que não correspondem à realidade, ensejando a divulgação de matéria jornalística inverídica e lesiva à honra da vítima, o qual pode ser demandado escoteiramente, ou em conjunto com o jornalista responsável pela matéria, como *in casu* ocorreu, e a empresa responsável pelo veículo de comunicação. A pessoa entrevistada que fez afirmação injuriosa veiculada em programa televisivo, de que decorreu a ação indenizatória de dano moral promovida pelo que se julga ofendido em sua honra, tem legitimidade para figurar no seu pólo passivo. Cf. Resp 188.692/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05.11.2002, DJ 17.02.2003.

²⁴⁸ Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/05/2011.

que potencialmente possa ter trazido um agravo a determinada pessoa (ou mesmo a um agrupamento delas)”²⁴⁹. Enfim, a responsabilidade civil visa reparar um dano causado por meio de uma indenização, e a responsabilidade criminal implica a tipificação e persecução penal pelos crimes de injúria, calúnia ou difamação, à luz do Código Penal brasileiro. Todos os três são institutos diversos, e com objetivos também diversos.

3.4 ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIREITO DE RESPOSTA APÓS A ADPF 130 QUE JULGOU INCONSTITUCIONAL A LEI DE IMPRENSA

A partir da decisão proferida na ADPF que julgou não recepcionado todo o conjunto de normas da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, tem-se a aplicação da legislação comum aos casos que eram regidos por aquela lei. Desse modo, o procedimento para o exercício ao direito de resposta passa a ser o previsto no Código Processual²⁵⁰ Civil e Código Civil, cabendo ao Judiciário resolver as questões relacionadas ao direito de resposta. Conquanto a Constituição Federal assegure esse direito, alguns órgãos de comunicação poderão simplesmente ignorar o pedido das pessoas que se sentirem no direito de requerê-lo, por não haver mais legislação específica que o regule. Sendo assim, não restará alternativa senão recorrer-se ao Judiciário para pleiteá-lo.

Quanto à legitimidade para requerer o direito de resposta, antes prevista especificamente no art. 29 da Lei de Imprensa, agora segue a regra contida no artigo 6º do Código de Processo Civil que prevê legitimidade para pleiteá-lo ao titular do direito violado ou aquele que detém autorização legal. É parte legítima para o exercício desse direito o ofendido, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que sofreu um agravo com uma manifestação pública. Ou seja, o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação à tutela jurisdicional é conferido apenas ao titular do direito material, no qual se fundamenta a demanda.

²⁴⁹ GERMANO, Ob. cit., 2011, p. 188.

²⁵⁰ Idem, Op. cit., 2006, p.349

Contudo, a substituição processual é uma espécie de legitimação extraordinária que acontece quando alguém está legitimado para, em nome próprio, litigar em juízo na defesa de direito alheio. Em face dessa característica, tal substituição apenas pode ser exercida nas hipóteses arroladas em lei.

A Constituição Federal confere legitimidade ativa ao Ministério Público Federal quando o interesse consiste na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o art. 129, III, da Carta Magna, como, por exemplo, quando visa promover o respeito e não discriminação às religiões afro-brasileiras, sendo cabível, nesse caso, a ação civil pública e sendo legitimado para promovê-la o MP federal. Tal fato se verificou em decisão ao agravo de Instrumento, julgado pela Sexta Turma do TRF da 3ª Região, quando em programas apresentados pela Record e a Rede Mulher houve a “utilização de termos desrespeitosos às religiões afro-brasileiras, o que denota um caráter discriminatório em relação às mesmas”. Reconheceu aquele tribunal, por intermédio da relatora desembargada federal Consuelo Yoshida o “interesse metaindividual consistente na defesa de bens sociais e culturais de toda a sociedade”, conferindo legitimidade ativa ao Ministério Público Federal.²⁵¹

Ademais, faz-se necessário comentar que o artigo 20, § único do Código Civil determina que se a pessoa atingida pela informação transmitida for morta ou ausente, são partes legítimas para requerer a cessação ou a não publicação da imagem dessa pessoa, o cônjuge, os ascendentes e os descendentes. Logo, estão excluídos dessa relação os irmãos, que antes possuíam legitimidade, pela Lei de Imprensa. Cabendo àqueles pleitear o direito de resposta, por analogia, e a indenização que couber, nos termos da lei ²⁵².

Gomes Júnior e Chueri comentam sobre a possibilidade de ser postulado o direito de resposta em sede de Ação Coletiva, conforme art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985, quando violado um direito difuso ou coletivo e se fizer necessária uma

²⁵¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, AG 234396, SEXTA TURMA, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, julgado em 23.11.2005, DJU, 09.12.2005, p.664.

²⁵² “Art. 20 do CC. Salvo se autorizadas, ou se necessários à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição, ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

resposta que beneficie uma coletividade, como uma informação inverídica sobre a queda no valor das ações de uma empresa, ou algo que possa provocar pânico em massa, como uma informação errônea sobre determinado produto que esteja no mercado. Nesses casos, a competência seria do juízo cível, cabendo ação cominatória, de imediato, para suspender a informação abusiva, além do direito de resposta ²⁵³.

Ainda, o Ministério Público não atua nessa espécie de demanda, exceto se envolver interesse de incapaz (art. 82, I, CPC) ou se ela possuir natureza coletiva, por força do que dispõe o art. 5º, §1º da Lei n.º 7.347/1985.

O pedido judicial de direito de resposta deve ter no polo passivo “a empresa de informação ou divulgação, a quem compete cumprir decisão judicial no sentido de satisfazer o referido direito, citado o responsável (...) sendo parte ilegítima o jornalista ou radialista envolvido no fato” ²⁵⁴. Era o contido no artigo 32, § 3º da Lei n.º 5.250/67 e permanece sendo assim, pois é a pessoa jurídica quem deverá proceder à publicação ou divulgação de direito de resposta reconhecido em decisão judicial.

Ainda, a súmula 221 do STJ estabelece a responsabilidade solidária pelo ressarcimento dos danos decorrentes de publicação de matéria jornalística tanto ao autor da matéria quanto ao proprietário do veículo de divulgação. Àquele porque foi o causador direto do dano e a este por se verificar a culpa *in vigilando*, permitindo a divulgação de fatos que extrapolaram os limites da dignidade e da decência. Caso a matéria não se encontre assinada, não se pode atribuir a responsabilidade ao jornalista responsável. Nesse caso, não resta dúvida da responsabilidade:

(...) não há dúvidas de que a ação que visa à indenização e o *direito de resposta* referente à matéria publicada e não assinada por qualquer jornalista deve ser direcionada ao proprietário do veículo de divulgação, *in casu*, a sociedade empresária proprietária do jornal, que possui personalidade jurídica própria ²⁵⁵.

Tangível a ação para reparação dos danos morais, os tribunais pátrios firmaram o entendimento da desnecessidade da comprovação do dano moral,

²⁵³ GOMES JÚNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p. 30-31.

²⁵⁴ Cf. Tribunal Pleno. Min. Menezes Direito, julgado em 20/02/2008. DJe 078 DIVULG 30-04-2008. Pet 3645, v. 30, n.357, 2008, p. 460-498.

²⁵⁵ Cf. Agravo de Instrumento N° 70040027757, Nona Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relatora Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 26.01.2011.

bastando demonstrar a ilicitude do ato que produziu tal dano e o nexo de causalidade.

No que diz respeito à previsão de prazo decadencial para o exercício do direito de resposta, não há mais previsão. Tal prazo será determinado pelo juiz, assegurou o ministro Gilmar Mendes²⁵⁶. Embora ele não possa ser *ad eternum*, mesmo porque se o exercício do direito de resposta se der muito tempo após o agravo, não alcançará o seu objetivo. Contudo, o prazo de 60 dias da Lei de Imprensa, a contar da data da publicação ou transmissão, não vigora mais, conforme se verifica da manifestação pelo STJ, em julgamento a Recurso Especial:

Relativamente ao prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa, sabidamente ele não mais prevalece no atual ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição de 1988, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim àquele prazo, que previa sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa²⁵⁷.

Devem ser observadas, entretanto, as regras dos prazos prescricionais. Em se tratando de direito em que a lei não lhe tenha fixado prazo menor, a prescrição ocorre em dez anos (art. 205 do C.C). Se a pretensão for de reparação civil, o prazo prescricional é de três anos, conforme art. 206, §3º, inciso V do Código Civil.

Para Gomes Junior e Chueri, trata-se de condição de procedibilidade para postular tal direito, o pedido anteriormente formulado ao órgão que publicou a notícia que contém o agravo postulando a veiculação do direito de resposta, pois sem ele não haverá o interesse processual, condição da ação, prevista no art. 267, inciso VI do CPC²⁵⁸, o que levará à extinção do processo sem análise do mérito, conforme o dispositivo mencionado²⁵⁹. Para os autores, somente será possível ao interessado ajuizar o pedido se existir a recusa em veicular-se a resposta ou o silêncio do órgão de imprensa. Defendem, pois, a necessidade do pedido de resposta formulado extrajudicialmente, previsão antes contida no artigo 32 da Lei de Imprensa, como forma de se evitar pedidos judiciais passíveis de solução, apenas entre as próprias partes interessadas antes de se acionar o Judiciário. Entretanto, conforme se verifica

²⁵⁶ BRASIL, ADPF 130, 2009, p. 281.

²⁵⁷ Resp. 401.358-PB (2001/0169166-0). Rel Ministro Carlos Fernando Mathias. DJE. Disponível em: <http://www.stj.com.br>. Acesso em: 16/03/2009.

²⁵⁸ Consideram-se condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse processual.

²⁵⁹ GOMES JÚNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p. 60-61.

na decisão de Recurso Especial, há prevalência do princípio inserto na Carta Magna e a todos assegurado, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não há necessidade de anterior investida extrajudicial, nem tampouco, comprovação nos autos de resposta negativa, ao pedido do autor, para que seja legitimado o ingresso em Juízo, uma vez que está assegurado o acesso ao Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça a direito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal²⁶⁰.

No mesmo sentido é a decisão proferida na apelação interposta pela Rádio Educadora de Laranjeiras do Sul Ltda, em face da concessão do direito de resposta ao apelado Claudir Faust. A apelante aduziu, ainda em sede de contestação, a impossibilidade jurídica do pedido, arguindo que não foram esgotadas as vias extrajudiciais; mas na decisão do recurso, proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que rejeitou a matéria processual suscitada, assim lemos:

Em que pese os judiciosos pareceres do Ministério Público da Comarca e da Egrégia Procuradoria Geral de Justiça, lastreados em jurisprudência do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, correta está a decisão monocrática, neste sentido, que aplicou o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A propósito, o direito de acesso à Justiça é garantia Constitucional, não podendo a lei infraconstitucional obstaculizar o acesso ao Poder Judiciário. A Lei de Imprensa, que regula a matéria, é anterior ao Princípio Constitucional, razão pela qual é inaplicável para obstar o alcance do direito de resposta perante o Judiciário. Ademais, o direito de resposta é direito fundamental, insculpido no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal²⁶¹.

É cabível a antecipação de tutela aplicando-se o artigo 461 do CPC, se verificados a verossimilhança do pedido e o risco de danos irreparáveis ao autor, ou mesmo o art. 798 do CPC para uma medida cautelar, a fim de se obter um esclarecimento imediato, quando aparente o bom direito e constatado o perigo na demora.

Entretanto, para ser concedida a tutela antecipada deve-se analisar a existência dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, já que não existe mais o procedimento especial antes previsto na Lei de Imprensa. Tais requisitos são: a prova inequívoca do direito (*fumus boni iuris*), a verossimilhança das alegações e a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). Por ter caráter satisfativo que recai sobre o próprio direito, antecipando-se a

²⁶⁰ Resp. 401.358-PB, Rel Ministro Carlos Fernando Mathias. DJe: 16/03/2009; que cita a Resp. 469285/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ. Disponível em: <http://www.stj.com.br/Acessado>. Acesso em: 04/08/2003, p. 372

²⁶¹ Apelação Criminal nº 226.319-8. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Paraná. Juiz Presidente Waldemir Luiz da Rocha, julgado em 22 de maio de 2003.

prestação jurisdicional, exige-se mais do que se requer para a concessão da medida cautelar. Exige-se prova robusta, inequívoca do direito e não mera verossimilhança para a concessão de tutela antecipada, no processo ordinário, sendo que o julgador deve valer-se de bom senso, coerência e prudência para deferir a tutela pleiteada.

Para que o direito de resposta seja concedido em antecipação de tutela, é preciso se verificar um determinado nível de certeza acerca dos fatos aludidos. Em não se verificando, a matéria demanda uma maior dilação probatória e o exercício do contraditório o que impede o deferimento da tutela antecipada, conforme se verifica do exposto na decisão ao agravo de instrumento que pleiteava a revogação à antecipação de tutela, referente à resposta de reportagem televisiva a favor do Município de Machadinho contra a RBS TV que teria informado que o Ministério Público estaria investigando irregularidades na compra de um terreno, efetuada pela Prefeitura daquele município. Tal direito não pode ser concedido “com base apenas em uma cognição sumária acerca dos fatos”, pois assim ocorre ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais que ensejam a instrução processual ²⁶². Da decisão que defere a tutela antecipada, autorizando o direito de resposta, cabe agravo de instrumento, postulando pela concessão de efeito suspensivo e a modificação da decisão de origem.

Uma vez citados o autor da matéria publicada e o proprietário do veículo de comunicação, o prazo para a resposta dos réus será de (15) quinze dias (art. 297, CPC), se optado pelo procedimento ordinário ou de (05) cinco dias (art. 802, CPC), se for ajuizada medida cautelar, para contestar o pedido ²⁶³. A extinta Lei de Imprensa previa um prazo exíguo de 05 (cinco) dias para a resposta do réu. Por força dos princípios da isonomia e da igualdade, o prazo passa a ser o previsto no Código de Processo Civil.

Entretanto, serão verificados os efeitos da revelia, no caso de não haver contestação, dispensando-se outras provas para o julgamento do pedido. Tanto poderá se valer o autor do procedimento ordinário, como do sumário ou até mesmo do Juizado Especial Cível, dependendo do valor da causa. Mas deve lembrar que, de acordo com o princípio da congruência ou da correlação, conforme previsto no

²⁶² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. DÉCIMA CÂMARA CÍVEL. Agravo de Instrumento nº 70037278488. Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, 16.12.2010.

²⁶³ Idem, 2010, p. 63.

artigo 128 do CPC, o juiz fica adstrito ao pedido formulado pelo autor, vedando-se decisão *extra, infra* ou *ultra petita*.

Ainda, será respeitado o rito processual do art. 326 do CPC, na hipótese de defesa indireta do réu; “se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, ouvindo-se este no prazo de 10 (dez) dias, sendo-lhe facultada a produção de prova testemunhal, caso ocorra invocação de matéria processual, ou de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do requerente.

Aplicam-se as regras da sucumbência, previstas no artigo 20 e seguintes do Código de Processo Civil. Da sentença que acolher ou rejeitar o pedido, caberá recurso de apelação, art. 513 do CPC, que segue o rito processual civil com prazo de 15 dias, contados da intimação do advogado e a ser recebida em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo, salvo decisão em sentido contrário numa antecipação de tutela ou em sede cautelar, oposta ao que previa o art. 32, §7º da revogada lei que permitia a execução imediata da decisão²⁶⁴.

Quando o direito de resposta está relacionado com o direito à honra, estava previsto no artigo 32, §1º da antiga Lei de Imprensa que seria processado e julgado no Juízo Criminal. Com a revogação desta lei, passam a ser aplicadas as regras do CPP quando a conduta apontada no direito de resposta se subsume, em tese, aos delitos de calúnia, difamação ou injúria.

Nesse sentido, é a decisão do STJ de que os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de 02 (dois) dias, conforme previsto no artigo 619 do Código de Processo Penal²⁶⁵. Ou seja, devem ser seguidas as regras de procedimento estabelecidas pelo Código Processual Penal e não o Cível. Seguirá o rito processual cível, por exemplo, em situações que a notícia publica matéria

²⁶⁴ GOMES JÚNIOR, CHUERI, Ob. cit., 2011, p. 74.

²⁶⁵ Cf. “O direito de resposta, por estar diretamente relacionado com o direito à honra, era processado e julgado no Juízo Criminal, em face do que dispunha o art. 32, §1º da antiga Lei de Imprensa. No caso, a conduta apontada no pedido de resposta se subsume, em tese, ao delito de difamação, previsto no artigo 139 do Código Penal, tanto que foi formulado, processado e julgado perante o juízo criminal, razão pela qual a embargante deve se submeter às regras do Código de Processo Penal, que estabelece o prazo de 02 (dois) dias para a oposição de embargos. Embargos não conhecidos por intempestividade”. STJ. (EDcl no AgRg no REsp 658.337/RJ, Rel Ministro OG FERNANDES, 6ª turma, julgado em 05/04/2010, DJe 19/04/2010).

redigida de forma distorcida, que leva o leitor a uma interpretação errônea sobre os motivos determinantes do fato veiculado.

Nesse caso, deve ser observado o prazo de 05 (cinco) dias contido no artigo 586 do CPP, para interposição de recurso em sentido estrito se a apelação não for recebida sob alegação de intempestividade, conforme jurisprudência extraída de decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que foi relatora a Desembargadora Federal Maria Helena Cisne:

Sendo a decisão de não recebimento do recurso de apelação publicada em órgão oficial, inicia-se o prazo para interposição de recurso em sentido estrito, de modo que se este recurso não for interposto em cinco dias, conforme preceitua o artigo 586, do Código de Processo Penal, resta evidenciada a intempestividade do mesmo. - Não se faz necessária a intimação pessoal da decisão de não recebimento do recurso de apelação, sendo suficiente sua publicação no órgão incumbido da publicidade, conforme disposto no parágrafo 1º, do artigo 370, do Código de Processo Penal. - Sendo a sentença que concedeu o direito de resposta cientificada ao Departamento Jurídico da empresa jornalística, inicia-se o prazo para interposição do recurso de apelação, de forma que se este não for interposto no prazo de cinco dias, conforme disposto no artigo 593, do Código de Processo Penal, o mesmo será considerado intempestivo. - Mesmo que não haja publicação da sentença, se houver comprovação do conhecimento de seu teor pelo representante judicial da empresa jornalística, seja pela publicação de decisão que imponha multa pela não publicação do direito de resposta na data determinada pelo magistrado, seja pela intimação pessoal do referido representante judicial de decisão que tenha indeferido pedido de reconsideração sobre a multa, o prazo começa a correr a partir do momento da publicação ou da intimação da decisão. Não sendo o recurso de apelação interposto em cinco dias, resta evidente a intempestividade²⁶⁶.

Caso seja ajuizada ação de indenização, na decisão que defere o pedido, cabe determinar a incidência dos juros moratórios em 1% ao mês, fluindo a contar da data do evento danoso, isto é, do dia em que foi veiculada a notícia falsa, errônea, conforme estabelece a Súmula N° 54 do Tribunal Superior, que recai sobre as relações extracontratuais, em conformidade com decisão do TJRJ, que teve por relatora a Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves²⁶⁷.

Assim como, na sentença de deferimento do pedido de resposta, é facultado ao juiz impor multa diária, pelo descumprimento, por tratar-se do cumprimento de obrigação de fazer, à luz do artigo 461, §4º do CPC, ainda sob pena de responder

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Carta Testemunhável N°2005.51.01.515136-7/RJ. 1ª Turma Especializada. DJU- 12.02.2007, p. 202.

²⁶⁷ Cf. “Juros Moratórios- Responsabilidade Extracontratual. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0004792-62.2009.8.19.0006.p, 20. STJ Súmula n° 54- 24.09.1992- DJ 01/10/1992.

pelo crime de desobediência, conforme se verifica da decisão proferida em agravo de instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relator o Desembargador José Antônio Hirt Preiss:

Com efeito, o art. 461, § 4º, do CPC faculta ao juiz a imposição de multa diária quando da imposição do cumprimento da obrigação de fazer, como acontece no caso dos autos, em que o agravante restou obrigado a publicar a sentença de improcedência da ação originária. Não há, pois, fundamento para se afastar a *astreinte* fixada pela douta Julgadora de 1º Grau, à fl. 12, tratando-se de valor razoável, ao contrário do que alega o agravante. Relativamente ao cometimento do crime de desobediência, o E. STJ, desde longa data vem entendendo que a simples intimação de decisão judicial, com a cominação de desobediência em caso de descumprimento, não constitui abuso de direito²⁶⁸.

A publicação do texto que contém a resposta proporcional ao agravo configura uma obrigação de fazer. Todavia, o prazo para o seu cumprimento não se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença, mas a partir da data de citação no processo de execução. Consequentemente, a multa a ser imposta para o caso de descumprimento não pode ser fonte de enriquecimento ilícito, já que seu objetivo é apenas o de garantir o cumprimento da obrigação pelo executado, conforme entendimento proferido em sede de agravo de instrumento pela relatora Des.Federal Selene Maria de Almeida, do TRF da 1ª Região²⁶⁹.

Ainda, quando deferido o pedido ao direito de resposta, tendo este a natureza de sanção penal, o prazo prescricional para exercê-lo expira em 02 (dois) anos, tendo início a partir da sentença de reconhecimento do direito.

²⁶⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss. Agravo de Instrumento nº70028713709, 31.08.2009,p.5-6.

²⁶⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. QUINTA TURMA. AG Nº 2005.01.00.029111.0/MG Des. Fed. Selene Maria de Almeida. DJ,de 01.06.2006, p.89.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema desta dissertação reveste-se de importância para o Direito contemporâneo na medida em que busca garantir a liberdade de expressão, assegurada na Constituição Federal, que a prevê de maneira a vedar a censura, ao mesmo tempo em que se mostre em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. A contrapartida da dissonância que porventura vier a ser produzida leva ao exercício do direito de resposta, também integrante da Carta Magna.

Antes normatizado pela Lei de Imprensa- Lei n.º 5.250/67, o direito de resposta sofre as consequências do vácuo provocado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou, em 2009, referida Lei não recepcionada pela vigente Constituição Federal/88. Por ser recente tal decisão, verificou-se uma escassez de doutrinas a respeito do tema estudado, bem como pouca reflexão sobre as consequências dessa revogação da lei infraconstitucional que por mais de quarenta anos ditou o procedimento para o exercício do direito de resposta.

Buscou-se neste trabalho, inicialmente, apontar o conceito de liberdade de expressão e informação, a sua trajetória histórico-contemporânea para demonstrar que vivemos épocas cujo exercício dessa liberdade foi mais restrito e outras, mais amplo, conforme ditava o regime político de cada momento. Procurou-se, ainda, especificar os limites do exercício da liberdade de expressão; conhecimento que se fez necessário para a apreensão do tema especificamente proposto ao final.

Num segundo momento, verificou-se que a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos personalíssimos, ambos assegurados na Carta Magna, ocorre, e esse fato requer uma solução, que deve vir mediante a utilização do critério da ponderação dos bens em conflito, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o norteador na ponderação dos interesses envolvidos. Fez-se necessário, também, abordar os reflexos da revogação da lei infraconstitucional no âmbito penal e civil, uma vez que o exercício abusivo daquele direito pode levar à responsabilização nas duas esferas.

Por fim, conceituou-se o direito de resposta apontando-o como direito fundamental de defesa e um contrapeso à liberdade de imprensa. Direito conferido

de forma proporcional ao agravo àquele que se sentir lesado num seu direito fundamental, e que não exclui uma responsabilidade indenizatória e (ou) penal pelo ato abusivo praticado no exercício do direito de expressão. Ademais, não poderia deixar de constar a exposição sobre o atual procedimento que vem sendo observado pela doutrina e pelos tribunais brasileiros para concretizar o exercício do direito de resposta após a revogação da Lei de Imprensa, pois que mesmo com esse vácuo legislativo resultante da revogação da Lei, tal exercício não pode ser negado justamente por estar inserto no artigo 5º da CF, que elenca as garantias e os direitos individuais, devendo ser concedido ao requerente quando verificado o abuso ao direito de informação e expressão. Mesmo porque na decisão à ADPF 130 consta que passarão a incidir os dispositivos do Direito Civil e Direito Processual Civil ao julgar processos que envolvam o direito de resposta e ações indenizatórias.

Quando negado o exercício do direito de resposta pelo próprio ofensor, deve ser tutelado pelo Poder Judiciário, garantindo-se o mesmo destaque da notícia que o originou e mesma duração, sendo cabível a responsabilidade pela divulgação ao órgão de comunicação da qual partiu o agravo.

O que não se pode é obstar tal direito alegando a revogação dos artigos da Lei que especificava o procedimento cabível por se tratar de direito assegurado no artigo 5º, inciso V da Carta Magna e que continua a existir no nosso ordenamento pátrio por força do artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica ratificado pelo Brasil em 1992.

O direito de resposta é, pois, uma garantia constitucional assegurada a toda pessoa, natural ou jurídica, acusada ou ofendida, ou que tenha contra si veiculado um fato, opinião ou informação, inverídico, errôneo, divulgado por um meio de informação. É o direito de publicar, gratuitamente, um desmentido, uma defesa, uma retificação de informações inexatas, inverídicas ou ofensivas, publicadas em seu desfavor. Trata-se de uma faculdade à própria liberdade de expressão conferida ao interessado e assegurada pela Constituição. É a garantia de defesa dos direitos vinculados à personalidade humana.

Embora seja livre e plena a manifestação de pensamentos, da criação e da informação, a Carta Magna prescreve além do direito de resposta, todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas que, mesmo atuando a *posteriori* visam coibir os abusos no desfrute da plenitude da liberdade de imprensa.

O direito de resposta constitui uma obrigação de fazer para o Estado ou para os responsáveis pela divulgação dos fatos ou ideias ofensivas e (ou) abusivas, além de constituir um direito de personalidade autônomo ao direito de queixa e de persecução penal, quando verificados os delitos de injúria, difamação ou calúnia, previstos no Código Penal brasileiro.

A liberdade de imprensa é um exercício de suma importância em uma sociedade que defende a democracia como um dos seus fundamentos. E exerce grande influência na formação da opinião pública. Entretanto, esse exercício tem que se dar de forma responsável, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando essa liberdade fere outro direito fundamental, deve recuar para não abalar o sistema jurídico democrático, cabendo imputação *a posteriori* pelos abusos cometidos no exercício dessa liberdade.

De resto, o direito de resposta contém, em si mesmo, a possibilidade tanto de defesa ao ofendido por um fato contra si noticiado erroneamente, abusivamente, quanto aos órgãos de comunicação, representando, em ambos os polos, a defesa da liberdade de expressão. Por isso, o direito de resposta pode ser compreendido como um instrumento a serviço da liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

AC 2.695- MC/RS. Decisão publicada no DJE, de 1º.12.2010.

Agravo de Instrumento Nº 70040027757, Nona Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relatora Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 26.01.2011.

ANDRIOLI, Ana Carolina P.V. **Apontamentos sobre a revogação da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.ifmaia.com.br/site/index.php?option>. Acesso em: 23.05.2011.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. PASCHOAL, Jorge Coutinho. **Lei de imprensa: perplexidades decorrentes do julgamento da ADPF 130-7/DF**, pelo Supremo Tribunal Federal. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 210, mai. 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito processual civil) V. 2.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva 2009.

BIELSA, Rafael. **Dos abusos da Liberdade de Imprensa**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1959.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de Expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville : Bildung, 2010.

BRAGA, Valescha e Silva. **Princípios da Proporcionalidade e da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal em decisão à ADPF 130/2009. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Argüente. Partido Democrático Trabalhista. Argüido. Presidente da República e Congresso Nacional. 06/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº187. Relator Ministro Celso de Mello, 15.06.2011.

BRASIL. STJ. Resp 333.040-SP, j. 11.02.2003, rel. Ministro Felix Fischer, DJU 10.03.2003.

BRASIL. STJ Juros Moratórios- Responsabilidade Extracontratual.Súmula nº 54-24.09.1992- DJ 01.10.1992.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. PRIMEIRA CÂMARA. Apelação Criminal nº 226.319-8. Juiz Presidente Waldemir Luiz da Rocha, julgado em 22 de maio de 2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. DÉCIMA CÂMARA CÍVEL. Agravo de Instrumento nº 70037278488. Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, 16.12.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná: Autos n.1.343/2009. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br>. Acesso em 25.05.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Processo: 0004792-62.2009.8.19.0006. Disponível em: <http://portal.tjrj.jus.br>. Acesso em 25.05.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SEXTA CÂMARA CÍVEL. Apelantes: Rômulo Pêgas Pinto Meirelles e Rádio Difusora Vale do Paraíba Ltda. Apelados: os mesmos. Relatora Desemb.Tereza de Andrade Castro Neves. Disponível em: <http://portal.tjrj.jus.br>. Acesso em: 01.06.2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Des. José Antônio Hirt Preiss. Agravo de Instrumento nº70028713709, 31.08.2009.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. QUINTA TURMA. AG Nº 2005.01.00.029111.0/MG Des. Fed. Selene Maria de Almeida. DJ,de 01.06.2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Carta Testemunhável Nº2005.51.01.515136-7/RJ. 1ª Turma Especializada. DJU- 12.02.2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal Nº 2003.71.00.017025-7/RS. Rel Des. Federal Tadaaqui Hirose. Apelante: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul- AJURIS; Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil- Secção do Rio Grande do Sul, DJU, de 01.23.2004.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1941.

CAPEZ, Fernando. **Lei de Imprensa e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.130**. Disponível em: <http://www.twitter.com/fernandocapez>. Acesso em 18/05/2011.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**: Reio de janeiro- São Paulo: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

COSTA, Judith Martins. **Os avatares de abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro 21-23 de setembro de 2006). Disponível em: www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune. Acesso em: 04/05/2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José Da. **O direito de estar só**. Tutela penal de intimidade São Paulo. RT, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método Editora, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo. RT, 1980.

DOTTI, Rogéria. **A responsabilidade subjetiva como um salvo-conduto à Liberdade de Expressão**. In: Jornal da Ordem dos Advogados do Brasil, maio de 2011.

FARIAS, Edmilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1966.

FONSECA, Francisco. **Mídia e Democracia: Falsas Confluências**. In: Revista de Sociologia e Política, nº22, Jun.2004.

FORNI, João José. **Revogação da Lei de Imprensa abre um vácuo jurídico**. Disponível em: <http://www.jforni.jor.br/forni/?q=node/308> Acesso em: 25/05/2011.

GALIMBERTI, Deoclécio. **Revogação da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39672>. Acesso em: 23/05/2011.

GERMANO, Luiz Paulo Resek. **Direito de Resposta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES JÚNIOR, Luiz M. e CHUERI, Miriam F. **Direito de imprensa e liberdade de expressão: Soluções teóricas e práticas após a revogação da Lei 5.250, de 09.02.1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A Responsabilidade civil dos órgãos de Imprensa e a Teoria do Risco Criado (art. 927, § Ú, do Código Civil de 2002)**. Disponível em: www.fiscolex.com.br. Acesso em: 20/05/2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. 06.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STJ rejeita recurso de Marta Suplicy contra publicação que a chamou de peruá. **Jornal Eletrônico 'O Globo'**. Disponível em: www.oglobo.com. Acesso em: 11/04/2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **O Direito Difuso à informação e a Censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas**. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Maio de 2011.

MACHADO, Jónathas E. M. **Liberdade de Expressão**. Dimensões constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Portugal: ed. Coimbra, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA Júnior, Antônio Jorge (Coord.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Idéias & Letras, 2005.

MATHIAS, Hugo Carvalho. **A liberdade de informação da imprensa. Garantia Constitucional**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15. N. 2450. 17 mar 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14522>. Acesso em: 11 fev.2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Dos abusos da Liberdade de Imprensa**. (Comentário, Doutrina, Legislação e Jurisprudência). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

_____. **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: RT, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

NICOLODI, Ana Marina. **O Exercício Regular do Direito de Informar como Causa Excludente de Ilícitude na Atividade Jornalística**. Disponível em: <http://www.uj.com.br>. Acesso em: 14.01.2011.

_____. **O direito de Resposta**. Revista Jus Vigilantibus, sexta-feira, 12 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.jusvigilantibus.com.br>. Acesso em: 14.01.2011.

NIEMEYER, Sérgio. **Revogação pode tornar inviável direito de resposta**. Disponível em: <http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/250609084334.pdf>. Acesso em: 25/05/2011.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIZARRO, Ramón Daniel. **“Responsabilidade civil de los médios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes**. Hammurabi, 1999.

REsp. 818.764/ES. Rel. Ministro Jorge Scartezzini, 4ª turma, julgado em 15.02.2007. DJ 12.03.2007.

RODRIGUES, Dirceu. **Brocardos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1953.

RODRIGUES, Paulo Sérgio. **Lei de Imprensa**. São Paulo: ed. de Direito, 2004.

SAMPAIO, José A. Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Marco Cabral dos. **Departamento de Imprensa e Propaganda: A censura no Estado Novo**. Disponível em: <http://educação.uol.com.br/historia-brasil>. Acesso em: 19/06/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

SCRIBONI, Marília. **Marcha da maconha tem respaldo da Constituição**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello-adpf-187-merito>. Acesso em 15/06/2011.

STEIBEL, Fabro. **Direito de resposta e judicialização da política na propaganda política brasileira**. In: Rastros- Revista do Núcleo de Estudos de Comunicação. Ano VIII. N. 52, out 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Liberdade de Expressão-Comunicação em face do direito à privacidade**. Direito à Privacidade. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

Tribunal de Justiça do Paraná. 10ª C. Cível- AC- 0609864-2- Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. _Rel.:Des. Luiz Lopes- Unânime- J. 17.12.2009.

Tribunal Pleno. Min. Menezes Direito, julgado em 20/02/2008. DJE 078 DIVULG 30-04-2008. Pet 3645, v. 30, n.357, 2008.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2340522/aluno-tem-direito-de-resposta>. Acesso em: 06/06/2011.

Ação Cautelar 2.695-MC/RS. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23.05.2011.

REsp. 401.358-PB (2001/0169166-0). Rel Ministro Carlos Fernando Mathias. DJe: 16/03/2009. Disponível em: <http://www.stj.com.br>. Acesso em: 23/05/2011.

REsp. 401.358-PB, Rel Ministro Carlos Fernando Mathias. DJe: 16/03/2009;que cita a REsp. 469285/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 04/08/2003). Disponível em: <http://www.stj.com.br>. Acesso em: 23/05/2011.